

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Arbeidstakers misbruk av den statlige lønnsgarantiordningen ved arbeidsgivers konkurs

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 16 275



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Oversikt over rettskildebildet.....	2
1.3	Rettskildemessige utfordringer .....	3
1.3.1	Insolvensdirektivet.....	3
1.3.2	Praksis fra EU- og EFTA-domstolen.....	4
1.3.3	Lønnsgarantilovens forarbeider.....	5
1.3.4	Forvaltningspraksis.....	6
1.4	Videre fremstilling .....	6
<b>2</b>	<b>OM LØNNSGARANTIORDNINGEN .....</b>	<b>8</b>
2.1	Prosessen for behandling av søknader .....	8
2.2	Vilkår for å få lønnsgaranti .....	8
2.2.1	Hvem som kan få lønnsgaranti .....	8
2.2.2	Hvilke krav som dekkes .....	10
2.2.3	Arbeidstaker har bevisbyrden .....	11
2.3	Konsekvenser for kreditorfellesskapet når det utbetales lønnsgaranti .....	11
<b>3</b>	<b>ADGANGEN TIL Å AVSLÅ SØKNADER VED MISBRUK.....</b>	<b>12</b>
3.1	Metodiske utfordringer .....	12
3.2	Lønnsgarantiloven § 7 – Misbruksbestemmelsen.....	13
3.3	Hvilke krav insolvensdirektivet artikkel 12 stiller til norsk rett .....	14
3.3.1	Tiltak mot misbruk må være proporsjonale.....	15
3.3.2	Særlige forbindelser mellom arbeidstaker og arbeidsgiver .....	16
3.3.3	Arbeidstakere som har utøvd innflytelse gjennom eierandeler .....	17
3.4	Konsekvenser av misbruk .....	17
<b>4</b>	<b>ARBEIDSTAKER HAR IKKE VÆRT I GOD TRO.....</b>	<b>19</b>
4.1	Innledning .....	19
4.1.1	Om lønnsgarantiloven § 7 første ledd.....	19
4.1.2	Forholdet til insolvensdirektivet artikkel 12.....	19
4.2	Arbeidstaker har ikke vært i god tro om arbeidsgivers betalingsevne .....	20
4.2.1	Utgangspunktet for vurderingen .....	20
4.2.2	Tidspunktet for vurderingen .....	20
4.2.3	Har arbeidstaker en undersøkelsesplikt? .....	21
4.2.4	Momenter ved vurderingen .....	22

4.3	Arbeidstaker har ikke vært i tro om at lønn var forutsatt dekket over garantien .....	24
4.4	Oppsummering.....	25
<b>5</b>	<b>FORHOLDET TIL ARBEIDSGIVER GJØR DEKNING URIMELIG .....</b>	<b>26</b>
5.1	Innledning .....	26
5.1.1	Om lønnsgarantiloven § 7 annet ledd .....	26
5.1.2	Bakgrunnen for at bestemmelsen ble innført.....	26
5.1.3	Forholdet til insolvensdirektivet artikkel 12.....	27
5.2	Foreligger det et forhold til arbeidsgiveren? .....	28
5.3	Urimelighetsvurderingen .....	29
5.3.1	Hensynet til kreditorfellesskapet .....	30
5.3.2	Hensynet til det offentlige .....	30
5.4	Arbeidstaker har vært daglig leder eller styremedlem .....	30
5.5	Arbeidstaker har fratrådt eierandeler kort tid før virksomheten gikk konkurs .....	31
5.6	Arbeidstaker er nærstående til en person som har hatt roller i virksomheten.....	33
5.7	Oppsummering.....	36
<b>6</b>	<b>FANGER REGELVERKET OPP MISBRUK I TILSTREKKELIG GRAD? .....</b>	<b>37</b>
6.1	Innledning .....	37
6.2	Søker er næringsdrivende og forsøker å fremstå som arbeidstaker .....	37
6.3	Arbeidsforholdet er fiktivt .....	38
6.4	Kravets størrelse eller forfallstidspunkt er ikke reelt .....	39
6.5	Kravet er overtatt eller overdratt av en tredjeperson som ledd i misbruk.....	39
6.6	Arbeidsgiver forsøker å misbruke lønnsgarantiordningen.....	40
6.7	Konklusjon.....	41
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE MERKNADER .....</b>	<b>42</b>
7.1	Er regelverket hensiktsmessig utformet for å forhindre misbruk?.....	42
7.2	Rettsområdets utfordringer .....	43
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>44</b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Tema og problemstilling

Lønnsgarantiordningen er en statlig garantiordning for arbeidstakere som har utestående lønnskrav som følge av at arbeidsgiver har gått konkurs. Denne avhandlingen vil redegjøre for når arbeidstaker kan gis avslag på lønnsgarantidekning på grunn av misbruk. Det overordnede formålet med lønnsgarantiordningen er å sikre dekning for arbeidstakeres utestående krav på lønn- og feriepengar, til mest mulig rett tid.<sup>1</sup> Lønnsgarantiordningen virker som en sikkerhet for at arbeidstaker får dekket hele eller deler av sitt lønnskrav når det ikke er nok midler til dette i konkursboet. Lønnsgarantiordningen er dermed både en forskutteringsordning og en stønadsordning. Ordningen administreres av Nav Lønnsgaranti. Lønnsgarantiordningen er viktig i et velferdsmessig perspektiv for å sikre at arbeidstakere ikke blir for hardt rammet økonomisk av at arbeidsgiver går konkurs. Ordningen medfører store kostnader for det offentlige. I 2013 hadde Nav Lønnsgaranti utgifter til utbetalinger på 820 millioner kroner, hvorav de fikk 153 millioner tilbake i dividende, og i 2014 på 769 millioner kroner, hvorav de fikk 179 millioner tilbake i dividende.<sup>2</sup> Lønnsgarantiordningen fungerer dermed i praksis i stor grad som en stønadsordning, og misbruk vil derfor kunne påføre det offentlige betydelige tap.

Regelverket som regulerer hvilke arbeidstakere som har krav på lønnsgaranti består både av norske og EØS-rettslige kilder. Det foreligger få rettsavgjørelser som omhandler arbeidstakers rett på lønnsgaranti fra norske domstoler. Lite rettspraksis på området kan ha sammenheng med at arbeidstaker som får avslag på lønnsgaranti i utgangspunktet ikke har krav på fritt rettsråd eller fri sakførsel i domstolene gjennom den offentlige rettshjelpsordningen, jf. rettshjelploven<sup>3</sup> §§ 11 og 16.<sup>4</sup> De aller fleste saker om misbruk av lønnsgaranti avgjøres av forvaltningen. Avgjørelsene fra forvaltningen er ikke offentlige tilgjengelige, noe som svekker hensynet til forutberegnelighet for arbeidstaker. Dagens praksis fører til at rettsspørsmål ikke blir avklart og at rettsområdet ikke utvikles gjennom rettspraksis på linje med liknende rettsområder, som for eksempel trygderetten. Dette preger rettskildebildet og skaper særskilte metodiske utfordringer for tolkningen av regelverket.

Oppgavens hovedproblemstilling er i hvilke tilfeller arbeidstaker kan gis avslag på lønnsgarantidekning på grunn av misbruk ved arbeidsgivers konkurs. Fremstillingen begrenses til å omfatte tilfeller der arbeidstaker har utestående lønnskrav som følge av arbeidsgivers

---

<sup>1</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 6.

<sup>2</sup> Nav lønnsgaranti (2015).

<sup>3</sup> Lov av 13. juni 1980 om fri rettshjelp (rettshjelpsloven).

<sup>4</sup> Det kan unntaksvis innvilges fritt rettsråd for arbeidstaker som får avslag på lønnsgaranti etter rettshjelpsloven § 11 tredje ledd og fjerde ledd, og tilsvarende unntaksvis innvilges fri sakførsel, jf. § 16 tredje og fjerde ledd.

konkurs, og det avgrenses mot andre insolvenstilfeller der lønnsgarantiloven kan komme til anvendelse. Det vil falle utenfor oppgavens problemstilling å gi en fremstilling av vilkårene for når det kan åpnes konkurs hos en arbeidsgiver, og om hva konkurs innebærer generelt. Det vil kun kort bli redegjort for hvilke typer krav som dekkes over garantien, hvilke vilkår som stilles, og for de prosessuelle reglene som gjelder for behandling av søknader. Reglene om hvilken rett arbeidstaker har til dekning av utestående lønnskrav fra konkursboet vil bli redegjort for i den grad det har betydning for retten til lønnsgaranti. Misbruk vil ikke alltid bli oppdaget i tide, slik at søknader kan bli innvilget og garanti bli utbetalt før det oppdages. Det avgrenses likevel mot en fremstilling av hvilken adgang forvaltningen har til å kreve tilbakebetaling av feilutbetalte beløp.

Det vil bli drøftet underveis hvilken betydning Norges EØS-rettslige forpliktelser får for hvordan det norske regelverket skal tolkes. Dersom det ikke går an å tolke norsk rett så det samsvarer med Norges EØS-rettslige forpliktelser, oppstår problemstillingen om hvilke konsekvenser dette vil få for rettstilstanden. Denne problemstillingen oppstår ikke i denne avhandlingen, ettersom jeg har kommet frem til at det går an å tolke de relevante norske bestemmelsene så de er i samsvar med EØS-retten. Det vil derfor ikke bli redegjort for hvilke konsekvenser det eventuelt ville fått dersom Norges EØS-rettslige forpliktelser ikke var gjennomført korrekt.

## **1.2 Oversikt over rettskildebildet**

Lønnsgarantiloven regulerer arbeidstakers rett på lønnsgaranti. Lønnsgarantiloven har en tilhørende forskrift, som blant annet regulerer hvilke krav som stilles til arbeidstaker i søknadsprosessen.<sup>5</sup> Ved vurderingen av om arbeidstaker kan gis avslag på lønnsgarantidekning på grunn av misbruk står lønnsgarantiloven § 7 sentralt, som er den såkalte misbruksbestemmelsen. Det finnes også andre tilfeller som kan oppfattes som misbruk, men som ikke omfattes av lønnsgarantiloven § 7. Slike tilfeller vil i stor grad fanges av opp av lønnsgarantilovens øvrige bestemmelser.

Norge er forpliktet til å gjennomføre det såkalte insolvensdirektivet<sup>6</sup> i norsk rett på grunn av våre forpliktelser etter EØS-avtalen<sup>7</sup> artikkel 7. Insolvensdirektivet er opprinnelig fra 1980, men er blitt endret flere ganger, sist i 2008. EØS-forpliktelser som er inkorporert i nasjonal

---

<sup>5</sup> Forskrift av 28. oktober 1998 nr. 999 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v (lønnsgarantiforskriften).

<sup>6</sup> EP/Rdir 2008/94/EF.

<sup>7</sup> Avtale om Det økonomiske europeiske samarbeidsområdet(EØS) av 2. mai 1992.

rett har status som norsk lovgivning og skal som utgangspunkt anvendes av domstolene i samme utstrekning som andre nasjonale lover.<sup>8</sup>

Det foreligger få rettsavgjørelser fra norske domstoler avsagt etter gjeldende lønnsgarantiregelverk, og per dags dato ingen fra Høyesterett. Da denne oppgaven ble skrevet fantes det ingen offentlige tilgjengelige avgjørelser avsagt av norske domstoler etter lønnsgarantiloven § 7, som er den såkalte misbruksbestemmelsen. Det kan legges til grunn at de fleste saker som omhandler arbeidstakers misbruk av lønnsgaranti avgjøres av forvaltningen.

### **1.3 Rettskildemessige utfordringer**

#### **1.3.1 Insolvensdirektivet**

Insolvensdirektivet kommer til anvendelse for arbeidstakers lønnskrav som er utestående på grunn av at arbeidsgiver er «insolvent», jf. artikkel 1 nr.1. Det følger av insolvensdirektivet artikkel 2 nr.1 at det er opp til medlemsstatene å definere hva som skal til for at arbeidsgiver er insolvent. Insolvensdirektivets bestemmelser kommer til anvendelse der arbeidsgivers foretak eller virksomhet på bakgrunn av en begjæring avvikles etter beslutning fra myndighetene, som medfører at arbeidsgiver helt eller delvis mister råderetten over sine aktiva, og det oppnevnes en bostyrer til å administrere prosessen, jf. insolvensdirektivet artikkel 2 nr.1. Det faller utenfor oppgavens problemstilling å gå nærmere inn på en redegjørelse av prosessen i forkant og etter åpning av konkurs hos en arbeidsgiver etter norsk rett. Jeg legger til grunn at insolvensdirektivets bestemmelser kommer til anvendelse for tilfeller der arbeidstaker har utestående lønnskrav som følge av arbeidsgivers konkurs.<sup>9</sup>

Insolvensdirektivet tar sikte på å gjennomføre et minstenivå av vern for arbeidstakere ved arbeidsgivers insolvens.<sup>10</sup> Særlig gjelder dette vernet for arbeidstakers utestående lønnskrav, og statene plikter å sørge for at det finnes garantiinstitusjoner som gir arbeidstakere sikkerhet for utestående lønnskrav, jf. insolvensdirektivet artikkel 3. Direktivet åpner for at garantiinstitusjonenes utbetalingsplikt kan begrenses, jf. artikkel 3 annet ledd og artikkel 4. Direktivet begrenser ikke statenes mulighet til å gi mer fordelaktige regler for arbeidstakere, jf. artikkel 11. Statene har adgang til å begrense ordningen for å forhindre misbruk, jf. artikkel 12. Tidligere var misbruksbestemmelsen plassert som direktivets artikkel 10, med tilsvarende ordlyd som artikkel 12 bokstav a og b har i dag.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Arnesen (2009) side 52.

<sup>9</sup> For vilkårene for åpning av konkurs se lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs(konkursloven) § 60 flg.

<sup>10</sup> EP/Rdir 2008/94/EF fortalen punkt 3.

<sup>11</sup> Se EP/Rdir 80/987/EØF artikkel 10 bokstav a og b.

Samlet sett oppstiller direktivet en plikt for Norge til å besørge et minimumsvern for arbeidstakere ved arbeidsgivers insolvens, med mulighet til å tilpasse ordningen til eget rettssystem. Direktivet kan derfor betegnes som et minimumsdirektiv, som setter rammer for i hvor stor grad norsk rett kan begrense arbeidstakers krav på lønnsgaranti. Når et direktiv gir anvisning på et nasjonalt spillerom ved gjennomføringen, kan dette betegnes som en skjønnsmargin. Når en nasjonal lov gjennomfører et EØS-direktiv skal den norske loven tolkes innenfor de rammer som direktivet tolket i tråd med EU-domstolens metode setter opp.<sup>12</sup> Det innebærer at norsk rett vil være i samsvar med de EØS-rettslige forpliktelser så lenge det tolkes innenfor direktivets rammer.

Det er flere rettskildesprinsipper som får betydning for fastleggelsen av hvilke krav insolvensdirektivet stiller til norsk rett. Presumpsjonsprinsippet går ut på at norsk rett så langt det er mulig skal tolkes slik at det er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>13</sup> Homogenitetsmålsettingen kan utledes av EØS-avtalens artikkel 1 nr.1 og avtalens fortale punkt 4 og 16, som viser til hensynet til ensartede regler. Homogenitetsmålsettingen går ut på at nasjonale rettsregler som har sin bakgrunn i EU-rett skal tolkes på samme måte i de landene som er bundet av dem. Det kan utledes av homogenitetsmålsettingen at EØS-retten skal tolkes homogent med EU-retten, og derfor i overensstemmelse med slik EU-retten er utviklet av EU-domstolen. Effektivitetsprinsippet er omtalt i Rt. 2008 s.453, der det uttales at norsk rett ikke må praktiseres slik at EØS-direktiver mister sin effektive virkning.<sup>14</sup> For å overholde våre forpliktelser etter insolvensdirektivet må lønnsgarantiloven derfor tolkes på en slik måte at formålet og virkningen av direktivet oppnås i norsk rett.

### 1.3.2 Praksis fra EU- og EFTA-domstolen

Ved vurderingen av hvilke krav insolvensdirektivet stiller til norsk rett, oppstår spørsmålet om hvilken betydning rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen har for tolkningen av lønnsgarantiloven. EØS-avtalen artikkel 6 viser til at avgjørelser avsagt av EU-domstolen før undertegningen av EØS-avtalen er bindende. Årsaken til at kun avgjørelser før undertegningen nevnes, har sin bakgrunn i at medlemslandene ikke ønsket å binde opp sin suverenitet i for stor grad.<sup>15</sup> I praksis blir imidlertid også avgjørelser fra EU-domstolen som er avsagt etter undertegningen tillagt vekt ved tolkningen av EØS-direktiver av Høyesterett.<sup>16</sup> Grunnen til at avgjørelser avsagt etter undertegningen også kan få betydning for tolkningen, har sin bakgrunn i homogenitetsmålsettingen.

---

<sup>12</sup> Arnesen (2009) side 53.

<sup>13</sup> Arnesen (2009) side 54.

<sup>14</sup> Rt. 2008 s. 453 premiss 52.

<sup>15</sup> Sejersted (2011) side 223- 224.

<sup>16</sup> Se for eksempel Rt.2000 s. 1811(Finanger 1) og Rt. 1997 s.1954(Løten kommune).

Hva gjelder praksis fra EFTA-domstolen fremgår det av ODA-avtalen artikkel 32 at domstolen har kompetanse til å tolke EØS-avtalen. ODA-avtalen artikkel 34 hjemler myndighet for EFTA-domstolen til å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-rett, herunder insolvensdirektivet, dersom nasjonale domstoler ber om det. Det legges til grunn av førstvoterende i Rt. 2000 s.1811 (Finanger 1) at medlemsstatene ikke er forpliktet til å følge EFTA-domstolens tolkning, men selv må vurdere om og i hvilken utstrekning de skal legge uttalelsen til grunn ved løsningen av tvisten domstolen skal avgjøre.<sup>17</sup> Medlemsstatene er forpliktet til å treffe nødvendige tiltak for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser, jf. ODA-avtalen artikkel 33. I utgangspunktet taler systemhensyn for å tillegge EFTA-domstolens praksis betydelig vekt.<sup>18</sup> I praksis har Høyesterett lagt vesentlig vekt på EFTA-domstolens avgjørelser, for eksempel i Finanger 1-saken, der førstvoterende blant annet begrunnet dette i at EFTA-statene ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette domstolen for å oppnå en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen, og i domstolens særlige kunnskap innenfor EØS-regelverket.<sup>19</sup> Det følger av ODA-avtalen artikkel 3 nummer 2 at EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til EU-domstolens fortolkninger etter undertegningen av EØS-avtalen.

Det legges derfor til grunn at praksis fra EU-domstolens avgjørelser og EFTA-domstolens avgjørelser generelt er relevant å ta i betraktning ved vurderingen av hvilke krav insolvensdirektivet stiller til norsk rett. Det er avsagt en avgjørelse fra EFTA-domstolen, og to avgjørelser fra EU-domstolen om arbeidstakers misbruk av lønnsgaranti, som vil bli brukt i oppgaven. Jeg vil komme nærmere inn på hvilken betydning avgjørelsene får for tolkningen av lønnsgarantiloven der de blir omtalt i oppgaven.

### 1.3.3 Lønnsgarantilovens forarbeider

Forarbeidene til lønnsgarantiloven inneholder redegjørelser for hvordan de norske reglene skal tolkes for å være i tråd med de intensjoner og hensyn regelverket bygger på. Uttalelser i forarbeidene om hvordan folkerettslige forpliktelser skal forstås vil som regel vil ha svært begrenset betydning.<sup>20</sup> Lovforarbeidene til lønnsgarantiloven inneholder lite informasjon om hvilke krav insolvensdirektivet stiller til det norske lønnsgarantiregelverket. Som konkludert over er insolvensdirektivet et såkalt minimumsdirektiv, som gir statene en viss skjønnsmargin til å utforme hensiktsmessige regler for sitt rettssystem. Innenfor skjønnsmarginen direktivet

---

<sup>17</sup> Rt. 2000 s. 1811, på side 1820. Samme utgangspunkt legges til grunn i Sejersted(2011) side 238.

<sup>18</sup> Arnesen (2009) side 86.

<sup>19</sup> Rt. 2000 s. 1811, på side 1820. Synspunktet er fulgt opp i Høyesteretts senere praksis, se for eksempel Rt. 2007-1003 og Rt. 2009-839.

<sup>20</sup> Arnesen (2009) side 53.



gir vil norske forarbeider ha samme vekt som forarbeider til lover normalt ellers har.<sup>21</sup> For å kartlegge innholdet i de norske rettsreglene vil det være nødvendig å se på hvordan de skal forstås i lys av forarbeidene til lønnsgarantiloven. Tolkningen som legges til grunn i forarbeidene vil kunne vektlegges så langt den innebærer at regelverket holder seg innenfor de kravene som stilles til norsk rett etter insolvensdirektivet.

#### 1.3.4 Forvaltningspraksis

De fleste saker om misbruk av lønnsgarantiordningen avgjøres av forvaltningen. Forvaltningspraksis kan få betydning for tolkningen av rettsspørsmål dersom den er langvarig, omfattende og konsekvent.<sup>22</sup> De enkelte vedtak fra forvaltningen vil dermed ha liten betydning som rettskildefaktor. Det legges derfor til grunn at enkeltvedtak fra forvaltningen vil ha svært begrenset rettskildemessig betydning ved vurderingen av hvordan lønnsgarantiloven skal tolkes.

Jeg har fått innsyn i noen enkeltvedtak fattet av Nav Lønnsgaranti og av ulike departement som har opptrådt som klageinstans. Sakene er unntatt offentlighet. Vedtakene er valgt ut etter hva Nav Lønnsgaranti selv vurderer som tvilsomme og prinsipielle avgjørelser av nyere tid.<sup>23</sup> I oppgaven er vedtak fra forvaltningen brukt for å illustrere hvordan misbruk kan utarte seg etter regelverket, og for å vise hvilke problemstillinger som kan oppstå. Vedtakene er dermed brukt som illustrasjonsfaktor, og er ikke tillagt vekt ved vurderingen av hvordan regelverket skal tolkes.

### 1.4 Videre fremstilling

Jeg vil i det følgende først gi en kort innføring i lønnsgarantiordningen i kapittel 2. Dette vil inkludere en oversikt over hvordan søknader blir behandlet, vilkårene for å få lønnsgaranti og hvilke konsekvenser det får for kreditorfellesskapet når det utbetales lønnsgaranti. Jeg vil så gi en oversikt over regelverket som regulerer forvaltningens adgang til å avslå søknader i misbrukstilfeller, og hvilke konsekvenser misbruk kan få for arbeidstaker, i kapittel 3. I den videre fremstillingen vil ulike former for misbruk bli nærmere behandlet i hvert sitt kapittel. Jeg vil ta utgangspunkt i lønnsgarantiloven, og forklare underveis hvordan norsk rett skal tolkes for å være i tråd med de EØS-rettslige krav. Først vil jeg se på forvaltningens adgang til å unnta arbeidstaker på grunn av manglende god tro om arbeidsgivers betalingsevne eller forutsetninger for arbeidsforholdet, jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd, i kapittel 4. Videre vil jeg vurdere når arbeidstaker kan unntas fra lønnsgarantiordningen på grunn av hvilket forhold

---

<sup>21</sup> Sejersted (2011) side 203.

<sup>22</sup> Boe(2012) side 271.

<sup>23</sup> Nav Lønnsgaranti (2015). Jeg har ikke fått innsyn i saksnumrene på vedtakene. For å referere til vedtakene er det opprettet et eget system for denne oppgaven etter avtale med Nav Lønnsgaranti, med referansenummer til de ulike sakene.

vedkommende har hatt til arbeidsgiver, jf. lønnsgarantiloven § 7 annet ledd, i kapittel 5. Jeg vil så redegjøre for andre tilfeller som kan oppfattes som misbruk av lønnsgarantiordningen, som ikke omfattes av lønnsgarantiloven § 7, og i hvilken grad slike tilfeller fanges opp av gjeldende regelverk, i kapittel 6. Avslutningsvis vil jeg gi noen rettspolitiske betraktninger av om regelverket er hensiktsmessig utformet for å unngå misbruk, og hvilke utfordringer rettsområdet står overfor.

## 2 OM LØNNSGARANTIORDNINGEN

### 2.1 Prosessen for behandling av søknader

Det er Nav Lønnsgaranti som behandler og avgjør søknader om lønnsgaranti.<sup>24</sup> Etter at det er åpnet konkurs hos arbeidsgiveren oppnevnes det en bostyrer, som bistår Nav med å behandle søknader om lønnsgarantidekning.<sup>25</sup> I forbindelse med bobehandlingen har bostyrer veiledningsplikt overfor arbeidstakerne.<sup>26</sup> Arbeidstaker plikter å gi bostyrer korrekte opplysninger, jf. lønnsgarantiloven § 9. Bostyrer sender sin innstilling til Nav Lønnsgaranti, som tar selvstendig stilling til lønnskravene og avgjør om arbeidstaker skal få lønnsgarantidekning.

Bostyrer har adgang til å innstille kravet som ikke dekningsberettiget, dersom hun mistenker at den ansatte har gitt feilaktige opplysninger, eller hun ikke har mottatt tilstrekkelig informasjon fra arbeidstaker. Dersom bostyrer vurderer søknaden som forsøk på misbruk, skal hun også innstille den som ikke dekningsberettiget. Bostyrer oversender sin innstilling til Nav Lønnsgaranti, som vil foreta en selvstendig vurdering av kravene og fatte enkeltvedtak. Søker har mulighet til å påklage enkeltvedtaket for ny vurdering til Sosial- og arbeidsdepartementet, jf. forvaltningsloven<sup>27</sup> § 28 første ledd. Departementet treffer endelig vedtak. For å angripe departementets avgjørelse må derfor søker ta ut søksmål mot staten ved departementet for å få saken behandlet i domstolene.

### 2.2 Vilkår for å få lønnsgaranti

#### 2.2.1 Hvem som kan få lønnsgaranti

For å få lønnsgarantidekning må søker ha opparbeidet sine krav som arbeidstaker. Dette kan utledes av lønnsgarantiloven § 1 annet ledd, der det stilles vilkår om at kravet må stamme fra ”arbeid i tjenesteforhold”. Det stilles dermed krav om at personen har opparbeidet kravet i en posisjon som arbeidstaker, herunder at det er årsakssammenheng mellom kravet og arbeidsforholdet eller arbeidsavtalen. Garantien dekker følgelig ikke krav som stammer fra oppdrags-takere og andre selvstendige næringsdrivende.

Arbeidstaker-begrepet brukes i mange lover, men hva som ligger i begrepet må avklares ut i fra det enkelte regelverk. Det følger av insolvensdirektivet artikkel 2 nr. 2 at direktivet ikke begrenser medlemsstatenes rett til å definere begrepet «arbeidstaker» i nasjonal rett. Det kan tas utgangspunkt i definisjonen i arbeidsmiljøloven<sup>28</sup> § 1-8 (1), der arbeidstaker defineres som

---

<sup>24</sup> Lønnsgarantiforskriften § 4-1 nr. 1.

<sup>25</sup> Lønnsgarantiforskriften § 5-1.

<sup>26</sup> Jf. lønnsgarantiforskriften § 5-2.

<sup>27</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

<sup>28</sup> Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Dersom vedkommende ikke er å anse som arbeidstaker, er han eller hun å anse som oppdragstaker eller en annen form for næringsdrivende. Det kan oppstå tvil om en person er å anse som oppdragstaker eller arbeidstaker, men det faller utenfor oppgavens problemstilling å gi en nærmere redegjørelse for når en person er å anse som arbeidstaker etter lønnsgarantiloven.

Hovedreglene om hvem som kan få lønnsgarantidekning fremgår av lønnsgarantiloven § 1, som delvis henviser til reglene dekningsloven (deknl.)<sup>29</sup> kapittel 9. Deknl. § 9-3 regulerer hvilke krav som er fortrinnsberettigede fordringer av første klasse ved fordelingen av boets midler ved konkurs. Lønnsgarantien dekker i utgangspunktet krav i den grad de er prioriterte fordringer av første klasse etter deknl. § 9-3, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd.

Lønnskrav fra arbeidstaker som har vært *daglig leder* eller *styremedlem* er i utgangspunktet ikke prioriterte krav i konkursboet, jf. deknl. § 9-3 første ledd nr.1 bokstav c og d. Kravene dekkes imidlertid over lønnsgarantien, jf. lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr.1.

Arbeidstaker som har hatt *eierandeler i virksomheten på minst 20 %* har i utgangspunktet ikke krav på lønnsgarantidekning, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd jf. deknl. § 9-3 første ledd nr.1 bokstav b. Unntaket gjelder for arbeidstaker som har opptjent lønnskrevet mens han hadde en slik eierposisjon, jf. deknl. § 9-3 annet ledd første punktum. Arbeidstaker kan likevel få dekning dersom vedkommende kan sannsynliggjøre at han ikke har utøvd «vesentlig innflytelse» over virksomheten, jf. deknl. § 9-3 annet ledd annet punktum. Unntaket for eiere må ikke begrense arbeidstakers rett til lønnsgaranti i større grad enn det insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav c åpner for. Direktivet har en liknende ordlyd som den norske bestemmelsen. Direktivet åpner for å begrense lønnsgarantiordningen for arbeidstakere som alene eller sammen med nære slektninger eier en «vesentlig» del av virksomheten, dersom de på grunn av dette har utøvd «betydelig innflytelse» på driften. Hvilke krav insolvensdirektivet artikkel 12 stiller til norsk rett er nærmere omtalt i punkt 3.3.

Med eierandeler menes alle former for eierskap i selskapet, uavhengig av selskapsform. Det vil ved vurderingen få betydning i hvilken grad arbeidstaker har benyttet seg av sin rolle som eier til å utøve innflytelse over selskapet. Har arbeidstaker for eksempel ikke benyttet seg av sin stemmerett på generalforsamling, eller ikke utøvd andre rettigheter han har i kraft av sin rolle, vil dette tale for at han heller ikke har utøvd innflytelse over selskapet. Har eierandelen vært på mer enn 33,3 % har arbeidstaker hatt et såkalt negativt flertall, og vil kunne utøve stor

---

<sup>29</sup> Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

innflytelse på virksomhetens drift i kraft av sin eierandel. Arbeidstaker må i slike tilfeller normalt være å anse som å ha kunnet utøve innflytelse over selskapet.<sup>30</sup>

Arbeidstaker som har vært *tillitsmann*, der virksomheten er en sammenslutning eller stiftelse, har ikke krav på lønnsgaranti, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd jf. dekl. § 9-3 første ledd nr.1 bokstav a.

### 2.2.2 Hvilke krav som dekkes

Arbeidstaker har krav på lønnsgaranti når lønnskravet er utestående som følge av at det er åpnet konkurs hos arbeidsgiver, jf. lønnsgarantiloven § 1 første ledd. Lønnsgarantien dekker utestående krav på lønn og "likestilte krav", jf. lønnsgarantiloven § 1 første punktum. Hvilke krav som omfattes er nærmere presisert i lønnsgarantiloven § 1 andre ledd. Kravene må være forfalt og være vederlag "for arbeid i tjenesteforhold", som innebærer at de må stamme fra søkers utførelse av arbeid i arbeidsgivers tjeneste som arbeidstaker. Herunder omfattes ferie-penger, pensjon og tapt arbeidsvederlag, samt mulige renter og kostnader ved inndrivelse, jf. § 1 andre ledd første punktum. Det kan knytte seg tolkningsproblemer til hvilke andre typer krav som har oppstått i et arbeidsforhold som omfattes av garantiordningen. Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen. Beløpsmessig er garantien begrenset til to ganger folketrygdens grunnbeløp<sup>31</sup> på fristdagen, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd nr.1.

Lønnskravet må ha forfalt de siste 12 månedene før fristdagen, jf. lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr. 2. Etter konkursåpning gis det kun dekning for krav som er opptjent inntil en måned fra konkursåpningstidspunktet, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd nr. 2. Feriepenger dekkes kun dersom de er opptjent samme år eller året før fristdagen, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd nr. 3. Det er ikke et vilkår at arbeidsgiver har brakt arbeidsforholdet til opphør ved oppsigelse eller avskjed, eller ved at arbeidstaker sier opp eller hever avtalen. Imidlertid dekkes lønn i oppsigelsestid kun i begrenset utstrekning, jf. lønnsgarantiloven § 1 jf. dekl. § 9-3 fjerde ledd. Det stilles ikke krav om at arbeidstaker er medlem i folketrygden eller er norsk statsborger, men lønnskravet må være av en slik art at det skal betales arbeidsgiveravgift til folketrygden, jf. lønnsgarantiloven § 2. Det stilles ikke krav om at arbeidsgiver faktisk har betalt arbeidsgiveravgift.<sup>32</sup> I lønnsgarantiforskriften er det gitt unntak fra hovedregelen om at kravet må være av en slik art at det må betales arbeidsgiveravgift, blant annet for arbeidere på skip og for arbeid utført i et annet EØS-land.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 3.

<sup>31</sup> Folketrygdens grunnbeløp er 88 370 kr per 1. mai 2014, Nav(2014).

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 6.

<sup>33</sup> Lønnsgarantiforskriften § 1-1 nr. 2.

### 2.2.3 Arbeidstaker har bevisbyrden

Arbeidstaker må ha søkt om lønnsgarantidekning innen fristen, jf. lønnsgarantiforskriften § 3-4. Arbeidstaker må selv dokumentere og sannsynliggjøre sitt krav, jf. lønnsgarantiforskriften § 3-2 punkt 4. Dette innebærer at det er arbeidstaker som har bevisbyrden for at han har et lønnskrav som er berettiget dekning etter lønnsgarantiloven § 1 sine regler. Insolvensdirektivet setter ikke føringer for hvilke krav som kan stilles til arbeidstaker for å bevise eksistensen av lønnskravet.

### 2.3 Konsekvenser for kreditorfellesskapet når det utbetales lønnsgaranti

Når lønnsgarantien dekker etter krav, trer staten inn i arbeidstakerens krav mot arbeidsgiveren og arbeidsgivers konkursbo, jf. lønnsgarantiloven § 6 første punktum. Statens regresskrav i boet gjelder selv om vilkårene for lønnsgarantidekning ikke var oppfylt, jf. lønnsgarantiloven § 6 annet punktum. Arbeidstaker har i utgangspunktet en fortrinnsberettiget fordring av første klasse i boet, jf. dekl. § 9-3 første ledd nr.1. Staten vil ved utbetaling av lønnsgaranti få tilsvarende prioritet.

Daglig leder og styremedlem har ikke fortrinnsberettigede fordringer av første klasse i boet, men krav på lønnsgaranti, se dekl. § 9-3 første ledd nr. 1 bokstav c og d, sml. lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr.1. Dersom lønnsgarantien innestår for et krav fra daglig leder eller styremedlem får staten likevel en fortrinnsberettiget fordring av første klasse i konkursboet, jf. dekl. § 9-3 annet ledd tredje punktum.

Når det utbetales lønnsgaranti til alminnelige arbeidstakere, herunder som ikke er unntatt etter dekl. § 9-3 første ledd nr. 1 bokstav a-d, og når det utbetales garanti til daglig leder og styremedlem, får staten en fortrinnsberettiget fordring av første klasse i boet. Med andre ord er det kun når det unntaksvis utbetales lønnsgaranti til arbeidstaker som har hatt eierandeler at staten ikke får en fortrinnsberettiget fordring av første klasse i boet for kravet. Når det utbetales lønnsgaranti vil statens regresskrav dermed som regel gå på bekostning av hvilken rett til dekning øvrige kreditorer med lavere prioritet får i boet. Det vil derfor være et sentralt hensyn ved vurderingen av om arbeidstakers krav skal unntas fra lønnsgarantiordningen på grunn av misbruk, om dekning fremstår som støtende overfor kreditorfellesskapet.

### 3            **ADGANGEN TIL Å AVSLÅ SØKNADER VED MISBRUK**

#### **3.1    Metodiske utfordringer**

For å gjennomføre insolvensdirektivet i norsk rett er det norske lønnsgarantiregelverket omskrevet for å tilpasse de EØS-rettslige krav gjennom flere lovendringer. De norske reglene er utformet med en annen ordlyd, og hvilken betydning direktivets krav skal få for tolkningen er ikke drøftet i forarbeidene, i rettspraksis eller i litteraturen. Det er derfor ikke klart hvordan norsk rett skal tolkes for å være i tråd med de kravene som stilles etter insolvensdirektivet.

Det er tradisjon i norsk rett for å utforme regelverk på forvaltningsrettens område med nokså generelle lovtekster som overlater en del av vurderingene til forvaltningens skjønn.<sup>34</sup> Den norske lovgivningsteknikken står noe i kontrast til hvordan det er vanlig å utforme direktiver i EU-retten. I EU-retten er det viktig at direktiver gjennomføres likt i alle medlemsland, og det er derfor vanlig med mer detaljerte regler.<sup>35</sup> Denne kontrasten i utformingen av rettskildene oppstår for regelverket som regulerer arbeidstakers misbruk av lønnsgaranti.

Lønnsgarantiloven § 7 er nokså generelt utformet og overlater en stor del av vurderingene til forvaltningens skjønn. Insolvensdirektivet inneholder mer detaljerte regler om hvem som kan unntas den statlige garantiordningen i tilfelle misbruk. Det at regelverkene er utformet såpass forskjellig gjør det utfordrende å kartlegge hvilke begrensninger forvaltningen må forholde seg til ved sin skønnsutøvelse. Lønnsgarantiloven § 7 har en utforming som innebærer at mange av de sentrale vurderingene i stor grad beror på hvordan de skønsmessige vurderingene gjennomføres. Insolvensdirektivet får betydning for tolkningen av lønnsgarantiloven i den grad tolkningen ikke kan medføre at arbeidstaker unntas i større grad fra ordningen enn det insolvensdirektivet artikkel 12 åpner for. Insolvensdirektivet artikkel 12 kan derfor sies å sette grenser for forvaltningens skønnsutøvelse. Hva dette innebærer vil jeg forsøke å kartlegge under de ulike problemstillingene som oppstår ved vurderingen av om arbeidstaker skal gis avslag på grunn av misbruk i oppgaven.

---

<sup>34</sup> Sejersted (2011) side 202.

<sup>35</sup> Sejersted(2011) side 202.

### 3.2 Lønnsgarantiloven § 7 – Misbruksbestemmelsen

Ved vurderingen av om arbeidstaker skal nektes dekning på grunn av misbruk står lønnsgarantiloven § 7 sentralt. Lønnsgarantiloven § 7 har følgende ordlyd:

«Arbeidstakere som tar arbeid for en arbeidsgiver som de vet eller burde vite er ute av stand til å dekke de løpende lønnsforpliktelser, kan nektes dekning. Dekning kan også nektes dersom arbeidstakerne vet eller burde vite at forutsetningen for et ansettelsesforhold eller ansettelsesvilkår eller endring i en arbeidsavtale er at krav helt eller delvis skal dekkes over statsgarantien.

Det samme gjelder dersom arbeidstakeren står i et slikt forhold til arbeidsgiveren at dekning av kravet over statsgarantien må anses som urimelig.»

Lønnsgarantiloven § 7 oppstiller tre tilfeller der lønnsgarantidekning kan avslås. For det første kan arbeidstaker unntas dersom vedkommende visste eller burde vite at arbeidsgiver ikke var i stand til å dekke løpende lønnsforpliktelser, og for det andre dersom arbeidstaker visste eller burde vite at forutsetningen for arbeidsforholdet var at lønn helt eller delvis skulle dekkes gjennom garantien, jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd første og annet punktum.<sup>36</sup> For det tredje kan arbeidstaker unntas dersom vedkommende står i et slikt forhold til arbeidsgiver at dekning må anses som urimelig, jf. lønnsgarantiloven § 7 annet ledd.<sup>37</sup> Lønnsgarantiloven § 7 rammer ikke bare arbeidstaker som bevisst har forsøkt å misbruke lønnsgarantiordningen, men rammer også tilfeller der arbeidstaker ikke anses som berettiget til å få dekning. Formene for misbruk bestemmelsen nevner kan overlappe, og samme faktum kan gi forvaltningen adgang til å avslå en søknad både hjemlet i første og annet ledd.

Etter ordlyden i lønnsgarantiloven § 7 ”kan” dekning avslås. Forvaltningen er dermed ikke forpliktet til å avslå søknader dersom vilkårene er til stede, men har adgang til å gjøre det. For å vurdere om dekning skal nektes må det foretas en konkret helhetsvurdering, der det anvendes et skjønn. Forvaltningen utøver et såkalt diskresjonært skjønn ved vurderingen om lønnsgaranti helt eller delvis skal avslås etter bestemmelsen. Denne kompetansen står i motsetning til andre typer forvaltningsrettslige regler som er helt lovbundne.<sup>38</sup> Forvaltningen er ikke forpliktet til å gi avslag dersom vilkårene anses for oppfylt etter bestemmelsen. Forvaltningen står imidlertid ikke helt fritt. Ved vurderingen er forvaltningen bundet av ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper om likebehandling, og den såkalte myndighetsmisbrukslæren, om at det ikke skal tas utenforliggende hensyn.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Adgangen til å gjøre unntak etter lønnsgarantiloven § 7 første ledd vil bli nærmere behandlet i kapittel 4.

<sup>37</sup> Adgangen til å unnta arbeidstaker i slike tilfeller vil bli nærmere behandlet i kapittel 5.

<sup>38</sup> Boe (1981) side 38.

<sup>39</sup> Boe (1981) side 42-46.



Ikke alle tilfeller som kan oppfattes som misbruk vil rammes av lønnsgarantiloven § 7. Dette vil for eksempel være hvis arbeidsforholdet er fiktivt, eller kravet er overdratt før selskapet gikk konkurs som ledd i skjult driftskreditt. Reglene i lønnsgarantiloven § 1 vil i de fleste tilfeller fange opp slike former for misbruk.<sup>40</sup>

### 3.3 Hvilke krav insolvensdirektivet artikkel 12 stiller til norsk rett

I utgangspunktet skal alle arbeidstakere stille likt med hensyn til hvilken rett de har på lønnsgaranti, jf. insolvensdirektivet artikkel 1 nr. 1 jf. artikkel 3. Insolvensdirektivet artikkel 12 setter begrensninger for i hvor stor grad arbeidstaker kan unntas på grunn av misbruk fra lønnsgarantiordningen. Insolvensdirektivet artikkel 12 lyder som følger:

Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes rett til å

- a) treffe de nødvendige tiltak for å unngå misbruk,
- b) avvise eller begrense utbetalingsplikten nevnt i artikkel 3 eller garantiplikten nevnt i artikkel 7, dersom det synes urimelig å oppfylle plikten fordi arbeidstakeren og arbeidsgiveren har særlige forbindelser og felles interesser som resulterer i en stilltiende avtale mellom dem,
- c) avvise eller begrense utbetalingsplikten nevnt i artikkel 3 eller garantiplikten nevnt i artikkel 7 i tilfeller der arbeidstakeren alene eller sammen med nære slektninger var eier av en vesentlig del av arbeidsgiverens foretak eller virksomhet og hadde en betydelig innflytelse på foretakets eller virksomhetens drift.

Bestemmelsen gir adgang til å unnta arbeidstakere fra ordningen i tre tilfeller. For det første er det adgang til å opprette «nødvendige» tiltak for å unngå misbruk, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a. For det andre kan dekning nektes eller begrenses fordi det oppfattes som urimelig på grunn av «særlige forbindelser» mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og «felles interesser» som resulterer i en «stilltiende avtale» mellom disse, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav b. For det tredje kan arbeidstakere som alene eller sammen med nære slektninger eier «vesentlige» eierandeler i virksomheten nektes dekning, dersom de på grunn av dette har utøvd «betydelig» innflytelse på driften, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav c. Artikkel 12 bokstav a og bokstav b har til formål å forhindre misbruk av ordningen. Det tredje unntaket for eiere og deres slektninger i artikkel 12 bokstav c begrenser ikke arbeidstakers rett til dekning på bakgrunn av individuell adferd, men avgrenser persongruppene direktivet beskytter.<sup>41</sup> Det fremgår av insolvensdirektivets fortale at de begrensninger som gjøres i lønnsgarantiordningen må være forenlige med direktivets sosiale målsetting.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> I kapittel 6 vil jeg gjøre nærmere rede for hvilken adgang forvaltningen har til å avslå søknader i slike tilfeller.

<sup>41</sup> Riesenhuber (2012) side 623.

<sup>42</sup> Insolvensdirektivets fortale punkt 7.

### 3.3.1 Tiltak mot misbruk må være proporsjonale

Insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a setter et krav om at tiltak som opprettes for å forhindre misbruk er «nødvendige». I det følgende vil jeg redegjøre for hvilke krav som her stilles til norsk rett.

I *Walcher*-saken fra EU-domstolen gis det noen generelle uttalelser om tolkningen av det tidligere insolvensdirektivet artikkel 10 bokstav a, som nå har en tilsvarende ordlyd som direktivets artikkel 12 bokstav a.<sup>43</sup> Det ble slått fast at anvendelsen av en nasjonal bestemmelse om misbruk ikke må være til hinder for EU-bestemmelsens fulle virkning og ensartede anvendelse i medlemsstatene.<sup>44</sup> EU-domstolen uttalte videre at unntaket insolvensdirektivet oppstiller skal tolkes innskrenkende.<sup>45</sup> Videre ble det slått fast at unntaket skal tolkes på en måte som samsvarer med det sosiale formålet direktivet har, som er å garantere arbeidstakere et minimumsnivå av beskyttelse ved arbeidsgivers insolvens.<sup>46</sup> Domstolen definerte videre hva som menes med «misbruk»:

“The abuses referred to in Article 10(a) of Directive 80/987 are abusive practices that adversely affect the guarantee institutions by artificially giving rise to a claim for salary, thereby illegally triggering a payment obligation on the part of those institutions”<sup>47</sup>

Det kan utledes av dette at det med misbruk menes når arbeidstaker har utvist misbrukende adferd, som har utløst en urettmessig utbetaling. Hva som menes med at adferden urettmessig, «illegally», er ikke nærmere definert. Det ser ut til å være opp til den enkelte medlemsstat å definere konkret hva som gjør at en arbeidstaker ikke har krav på lønnsgaranti.

I *Walcher* uttalte EU-domstolen videre at tiltaket må være nødvendig for å unngå misbruk etter domstolens definisjon av misbruksbegrepet.<sup>48</sup> Medlemsstatene har mulighet til selv å velge hvilke typer tiltak de ønsker å iverksette for å unngå at lønnsgarantiordningen misbrukes, men ordlyden «nødvendige» tilsier at tiltaket må ivareta prinsippet om proporsjonalitet.<sup>49</sup> Et grunnleggende prinsipp i EU-retten er proporsjonalitetsprinsippet, som innebærer at det skal være forholdsmessighet mellom de mål man ønsker å oppnå med en rettsakt og de

---

<sup>43</sup> Case C-201/01 *Maria Walcher vs. Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark*. I saken viste domstolen til artikkel 10 bokstav a, som i dag har en tilsvarende ordlyd som insolvensdirektivets artikkel 12 bokstav a.

<sup>44</sup> Case C-30/10 premiss 26.

<sup>45</sup> Case C-201/01 premiss 38.

<sup>46</sup> Case C-201/01 premiss 38.

<sup>47</sup> Case C-201/01 premiss 39.

<sup>48</sup> Case C-201/01 premiss 40.

<sup>49</sup> *Riesenhuber* (2012) side 623.

virkemidler som tas i bruk.<sup>50</sup> I denne sammenheng innebærer kravet til proporsjonalitet at tiltakene som opprettes må være egnet til å motvirke misbruk. Tiltakene vil ikke være proporsjonale dersom de også fører til at arbeidstakere som ikke kan være å anse for å ha misbrukt ordningen unntas.

EFTA-domstolen følger opp denne måten å tolke insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a på i Samuelsson-saken.<sup>51</sup> EFTA-domstolen uttalte at direktivet må forstås i lys av sitt sosiale formål, og at adgangen til å opprette tiltak for å unngå misbruk derfor ikke kan tolkes som at det generelt åpnes for at en hver form for tiltak som kan forebygge misbruk iverksettes.<sup>52</sup>

### 3.3.2 Særlige forbindelser mellom arbeidstaker og arbeidsgiver

Insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav b regulerer en spesiell form for misbruk, der dekning fremstår som urimelig på grunn av «særlige forbindelser» og «felles interesser» mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som resulterer i en «stilltiende avtale» mellom partene. I slike tilfeller kan arbeidstaker nektes dekning helt eller delvis etter artikkel 3(1) og artikkel 7, som regulerer garantiinstitusjonens utbetalingsplikt. Hva som skal til for at det foreligger et slikt forhold utdypes ikke i insolvensdirektivet, og er heller ikke problematisert i EU- eller EFTA-domstolens praksis.

Det er naturlig å forstå formuleringen «særlige forbindelser» som at det siktes til et spesielt forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Slike forbindelser vil kunne være personlige relasjoner, eller andre forhold, som for eksempel når arbeidstaker har roller som daglig leder eller styremedlem i virksomheten. Videre er det naturlig å forstå ordlyden «felles interesser» som at forbindelsen mellom partene har gitt seg et slikt utslag at de kan ha til hensikt å utnytte lønnsgarantiordningen. Det vil være utfordrende å fastslå om det foreligger en «stilltiende avtale». En slik avtale kan være at arbeidstaker har fått særlige fordeler eller hatt en uforholdsmessig god lønn eller arbeidsvilkår i forhold til sin stilling eller kompetanse. Det vil etter sammenhengen kunne legges til grunn at det med «stilltiende» menes at arbeidstaker og arbeidsgiver ikke behøver å ha eksplisitt blitt enige om at arbeidstaker skal få slike fordeler på grunn av sitt forhold. Vilkårene må i sammenheng, slik at den stilltiende avtalen må være knyttet til forbindelsen arbeidstaker har til arbeidsgiver og de felles interessene partene har.

Bestemmelsen er gjennomført gjennom lønnsgarantiloven § 7 annet ledd, som vil bli nærmere behandlet i kapittel 5.

---

<sup>50</sup> Sejersted (2011) side 69.

<sup>51</sup> Case E-1/95 Ulf Samuelsson v. Svenska staten.

<sup>52</sup> Case E-1/95 premiss 31.

### 3.3.3 Arbeidstakere som har utøvd innflytelse gjennom eierandeler

Arbeidstaker kan unntas fra lønnsgarantiordningen dersom vedkommende alene eller sammen med nære slektninger eier en «vesentlig» del av virksomheten, og gjennom eierandelen har utøvd «betydelig innflytelse» på driften, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav c. Unntaket har en tilsvarende utforming som unntaket for eiere etter lønnsgarantiloven § 1 annet ledd jf. dekl. § 9-3 første ledd nr.1 bokstav b jf. dekl. § 9-3 annet ledd første punktum. Forskjellen er at norsk rett ikke omfatter nære slektninger, men kun arbeidstaker som har hatt eierandeler. Insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav c vil få betydning for adgangen til å unnta arbeidstaker som tidligere har hatt eierandeler, som er nærmere behandlet i punkt 5.5.

### 3.4 Konsekvenser av misbruk

Lønnsgarantiloven § 9 gir hjemmel for å straffe søker som oppgir uriktige opplysninger eller holder tilbake informasjon fra bostyrer. Bestemmelsen lyder:

«Dersom forholdet ikke går inn under strengere straffebud, straffes med bøter den som mot bedre vitende gir uriktige opplysninger eller fortier vesentlige opplysninger av betydning for rettigheter eller plikter etter denne lov, eller som etter pålegg unnlater å gi slike meldinger og opplysninger som er krevd i eller i medhold av loven.»

Har arbeidstaker gitt «uriktige» eller «fortier vesentlige» opplysninger «mot bedre vitende», som gjelder informasjon av «betydning for rettigheter og plikter» etter lønnsgarantiloven, gir lønnsgarantiloven § 9 hjemmel for å straffe arbeidstaker med bøter. Det presiseres i bestemmelsen at arbeidstaker også kan straffes strengere, dersom det er hjemmel for det i straffeloven<sup>53</sup>, for eksempel kan det forekomme at arbeidstaker kan straffes for bedrageri, jf. straffeloven. § 270. Jeg vil ikke gå nærmere inn på hvordan og når arbeidstaker kan straffes etter reglene i straffeloven.

Lønnsgarantiloven § 9 rammer både arbeidstaker som har gitt «uriktige» opplysninger, og som har «fortiet» vesentlige opplysninger. I dette ligger at arbeidstaker både har en plikt til å snakke sant, men også til å ikke holde tilbake informasjon. Arbeidstaker må derfor gi alle opplysninger som kan ha betydning til bostyrer. Det er ikke alltid arbeidstaker vil være klar over hvilke opplysninger dette er og ikke. Bostyrer vil imidlertid stille arbeidstaker spørsmål for å finne ut av om det foreligger misbruk. Bestemmelsen rammer arbeidstaker som har fortiet «vesentlige» opplysninger. Arbeidstaker vil etter dette kun rammes dersom opplysninger

---

<sup>53</sup> Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr.10 (Straffeloven).

som holdes tilbake er av betydning for saken. Hva dette innebærer vil i stor grad bero på forholdene i den enkelte sak. Informasjon om når ansettelsen ble foretatt, stillingsbeskrivelse og arbeidsoppgaver, samt eventuelt hvilken relasjon arbeidstaker har til personer med innflytelse over selskapet, vil være opplysninger som er av betydning. Så lenge arbeidstaker besvarer spørsmålene fra bostyrer utfyllende og korrekt, vil han nok i de aller fleste tilfeller ikke være å anse for å ha tilbakeholdt informasjon.

I begge tilfeller kommer bestemmelsen kun til anvendelse dersom arbeidstaker gjør dette «mot bedre vitende». Det kan utledes av ordlyden i lønnsgarantiloven § 9 at det stilles et krav om at arbeidstaker enten forsettlig eller med uaktsomhet holder tilbake informasjon eller gir uriktige opplysninger. Lønnsgarantiloven § 9 er utformet på bakgrunn av tidligere folketrygdloven § 18-6 første ledd<sup>54</sup>, som nå tilsvarende folketrygdloven<sup>55</sup> § 25-12. Forarbeidene til folketrygdloven § 25-12 støtter også opp om denne forståelsen.<sup>56</sup> Det er dermed et krav om at arbeidstaker må ha vært i god tro om at opplysningene ikke var av betydning, eller om at de var riktige. Det ligger i dette at arbeidstaker skulle ha forstått bedre, og det siktes til hvilke kunnskaper arbeidstaker satt inne med på tidspunktet opplysningene ble gitt. Det er naturlig å forstå bestemmelsen slik at opplysningene må være gitt eller holdt tilbake mot arbeidstakers bedre vitende, og det må da tas utgangspunkt i hvordan situasjonen fremstod for arbeidstaker.

Videre rammer bestemmelsen søker som «etter pålegg» unnlater å gi opplysninger som er krevd i eller i medhold av lønnsgarantiloven. Dette vil være pålegg gitt av bostyrer eller forvaltningen, som angår opplysninger arbeidstaker enten plikter å gi etter lønnsgarantiloven og lønnsgarantiforskriften, eller som gjelder informasjon som er nødvendig å avklare for å finne ut av om søker oppfyller vilkårene for å få lønnsgarantidekning.

---

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.67 (1972-1973) side 24.

<sup>55</sup> Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

<sup>56</sup> NOU 1990: 20 side 755.

## 4 ARBEIDSTAKER HAR IKKE VÆRT I GOD TRO

### 4.1 Innledning

#### 4.1.1 Om lønnsgarantiloven § 7 første ledd

Arbeidstaker kan få avslag på lønnsgarantidekning dersom han tar arbeid for en arbeidsgiver som han «vet eller burde vite» at er ute av stand til å dekke de løpende lønnsforpliktelser, jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum. Det kan også gis avslag dersom arbeidstaker «vet eller burde vite» at forutsetningen for et ansettelsesforhold, ansettelsesvilkår eller endring i en arbeidsavtale er at kravet helt eller delvis skal dekkes over garantien, jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd annet punktum. Det siktes her til om arbeidstaker har hatt positiv kunnskap om forholdet, eller vært uaktsom, altså en vurdering av om arbeidstaker har vært i god tro.<sup>57</sup> Vurderingene etter første og annet punktum vil i stor grad sammenfalle. I det følgende vil jeg gi en redegjørelse for hvordan forholdsvis første punktum og annet punktum i lønnsgarantiloven § 7 første ledd skal tolkes. Avslutningsvis vil jeg gi en oppsummering av hvordan vurderingene etter bestemmelsen skal foretas.

#### 4.1.2 Forholdet til insolvensdirektivet artikkel 12

Lønnsgarantiloven § 7 første ledd er ikke innført på bakgrunn av insolvensdirektivets krav, men må likevel praktiseres slik at regelverket ikke medfører at arbeidstaker unntas i større grad enn hva insolvensdirektivet åpner for.

For å være i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser må tiltakene lønnsgarantiloven § 7 første ledd oppstiller være «nødvendige», jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a, som er nærmere omtalt i punkt 3.3.1. Hva dette innebærer ved tolkningen av lønnsgarantiloven § 7 første ledd er ikke klart.

Det kan utledes av insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a sin ordlyd at tiltaket loven oppstiller må være proporsjonalt, og dermed ikke ramme arbeidstakere som ikke har misbrukt ordningen. EU-domstolen har definert misbruk som når arbeidstaker har utvist misbrukende adferd, som medfører en urettmessig utbetaling.<sup>58</sup> Lønnsgarantiloven § 7 første ledd rammer arbeidstaker som ikke har vært i god tro. Regelen er begrunnet i at arbeidstakere som ikke har vært i god tro ikke har beskyttelsesverdige interesser i å få lønnsgarantidekning.<sup>59</sup> Arbeidstakers positive kunnskap eller uaktsomhet kan sies å være en form for misbrukende adferd. Det kan utledes av insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a at det settes en grense for hvilke krav

---

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.27(1991-1992) side 41.

<sup>58</sup> Case C-201/01 Maria Walcher vs. Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark premiss 39.

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 27 (1991-1992) side 32.

som kan stilles til arbeidstaker for at han ikke kan anses for å ha vært i god tro. Stilles det for høye krav til arbeidstaker på dette punkt, vil det kunne innebære at arbeidstakere som ikke har utvist misbrukende adferd rammes.

## **4.2 Arbeidstaker har ikke vært i god tro om arbeidsgivers betalingsevne**

### **4.2.1 Utgangspunktet for vurderingen**

Lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum rammer arbeidstakere som ikke har vært i god tro om arbeidsgivers betalingsevne. Formålet med å innføre bestemmelsen var å ramme rene misbruks- eller spekulasjonstilfeller.<sup>60</sup> Det fremgår av forarbeidene at arbeidstakere som inngår et slikt ansettelsesforhold, bør nektes dekning da de ikke har en beskyttelsesverdig interesse i å få dekket kravet sitt over lønnsgarantien.<sup>61</sup> Det var ønskelig å gi et signal til arbeidstakere som i samarbeid med arbeidsgiver vurderte å misbruke lønnsgarantiordningen. Det ble antatt at bestemmelsen kun ville komme til anvendelse i svært få tilfeller.<sup>62</sup>

Det vil være vanskelig å bevise at arbeidstaker satt inne med positive kunnskaper om arbeidsgivers betalingsevne. Avgjørelsen vil derfor som regel falle ned på hva arbeidstaker burde vite, altså om vedkommende har vært uaktsom.

Det fremgår av forarbeidene at det er arbeidstakers subjektive kjennskap til de økonomiske betingelser som ligger til grunn for ansettelsesforholdet som vil være avgjørende ved bedømmelsen. Det nevnes videre at arbeidstakers stilling, selskapets størrelse, personlige relasjoner til arbeidsgiver og tidligere ansettelsesforhold kan være av betydning for hva arbeidstaker burde forstått.<sup>63</sup> Det kan utledes av lovens ordlyd at det er arbeidstakers aktsomhet som skal vurderes. Selv om arbeidsgiver har til hensikt å sikre arbeidstaker lønn gjennom lønnsgarantiordningen, kan ikke en søknad avslås av den grunn. For å vurdere om arbeidstaker har vært uaktsom må det undersøkes om arbeidstaker er å bebreide for ikke å ha forstått at arbeidsgiver var ute av stand til å utbetale lønn til rett tid.

### **4.2.2 Tidspunktet for vurderingen**

Bestemmelsen rammer arbeidstaker som på tidspunktet vedkommende «tar arbeid» visste eller burde vite om arbeidsgivers betalingsudyktighet. Dette reiser problemstillingen om på hvilket tidspunkt det skal vurderes om arbeidstaker har vært i god tro. Et arbeidsforhold starter som regel med at arbeidstakeren får et tilbud om arbeid fra arbeidsgiveren, som fører til at

---

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 27 (1991-1992) side 41.

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 27 (1991-1992) side 32.

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 27 (1991-1992) side 41.

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.27(1991-1992) side 41.

partene inngår en arbeidsavtale. Arbeidstaker tiltrer så i stillingen og begynner å utføre arbeid for arbeidsgiver, helt frem til arbeidsforholdet tar slutt ved at en av partene går til oppsigelse av avtalen. Det hender at en arbeidsavtale inngås på omtrent samme tidspunkt som når arbeidstakeren begynner å utføre arbeid, men ofte skjer selve avtaleinngåelsen før i tid.

Formuleringen «tar arbeid» kan forstås på to måter: Det kan enten være tidspunktet arbeidstakeren takker ja til et tilbud, eller når vedkommende begynner å utføre arbeid for arbeidsgiveren. Det må derfor avklares om arbeidstakers aktsomhet skal vurderes på tidspunktet for avtaleinngåelse eller tiltredelse i stillingen. Arbeidstaker som allerede har inngått en arbeidsavtale i god tro og følgelig har innrettet seg etter denne, har beskyttelsesverdige interesser i å få dekket sitt lønnskrav. Dersom det stilles krav om at arbeidstaker også er i god tro på tiltredelsestidspunktet vil det kunne innebære at arbeidstaker som ikke har utvist misbrukende adferd rammes. Tiltaket lønnsgarantiloven oppstiller vil da kunne oppfattes som å ikke være proporsjonalt i forhold til målet om å forhindre misbruk av lønnsgarantiordningen, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a. På grunn av insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a sine krav er det derfor mest nærliggende å tolke bestemmelsen slik at den rammer arbeidstaker som ikke har vært i god tro på avtaleinngåelsestidspunktet. Det fremgår av forarbeidene til lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum at det avgjørende er hvilke kunnskaper arbeidstaker har om arbeidsgivers økonomiske forhold på tidspunktet arbeidsavtalen inngås. Det presiseres videre at arbeidstaker som er i god tro på avtaleinngåelsestidspunktet ikke skal nektes lønnsgarantidekning.<sup>64</sup>

Det legges til grunn at bestemmelsen kun rammer arbeidstaker som har vært i god tro om arbeidsgivers manglende betalingsevne ved avtaleinngåelse.

#### 4.2.3 Har arbeidstaker en undersøkelsesplikt?

For å avgjøre om arbeidstaker burde vite om arbeidsgivers manglende betalingsevne, er det av betydning hvilke krav som stilles til arbeidstakers observasjoner. Dette reiser problemstillingen om arbeidstaker har en plikt til å foreta nærmere undersøkelser av arbeidsgivers økonomiske forhold. Å oppstille en plikt til å foreta spesielle undersøkelser, kan føre til at arbeidstakere som ikke har utvist kritikkverdig adferd rammes. En slik plikt vil da kunne medføre at tiltaket ikke er proporsjonalt i forhold til målsettingen om å unngå misbruk, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a. Forarbeidene til lønnsgarantiloven støtter også opp om å tolke bestemmelsen slik at den ikke oppstiller noen undersøkelsesplikt. I forbindelse med at lovforslaget ble behandlet i Kommunal- og miljøvernkomiteen på Stortinget, sendte komiteen noen spørsmål vedrørende tolkningen til ansvarlig departement, som var Kommunaldepartementet.

---

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 41.



Brevet ble vedlagt komiteens innstilling, og var dermed en del av Stortingets grunnlag for å vedta loven og kan derfor defineres som et lovforarbeid. Kommunaldepartementet uttalte i svarbrevet at:

«På den annen side skal det påpekes at arbeidstakerne ikke blir pålagt noen undersøkelsesplikt vedrørende bedriftens økonomiske bæreevne. «Burde vite» innebærer at arbeidstakeren pga. sin «nærhet» eller posisjon i forhold til en virksomhets økonomiske anliggender, må forutsettes å ha kjennskap til den.»<sup>65</sup>

Uttalelsen taler for at arbeidstaker ikke har en undersøkelsesplikt. Det sentrale ved vurderingen vil være hvilken kunnskap arbeidstaker forutsettes å ha ut i fra sitt forhold til arbeidsgiver. Det har gode grunner for seg ikke å pålegge arbeidstaker en plikt til å foreta nærmere undersøkelser. Hvis arbeidsgivers dårlige økonomiske situasjon kun lar seg påvise ved nærmere undersøkelser, og dermed ikke er synbar for arbeidstaker, vil det kunne gi urimelige utslag overfor arbeidstaker å pålegge en slik plikt. Bestemmelsen vil da kunne ramme arbeidstakere som har kommet opp i uheldige eller sårbare situasjoner. Det kan på denne bakgrunn legges til grunn at arbeidstaker ikke har en undersøkelsesplikt.

#### 4.2.4 Momenter ved vurderingen

*Arbeidsavtalen* vil være et godt utgangspunkt ved vurderingen av om arbeidstaker har vært i god tro. En arbeidsavtale inngås som regel skriftlig, men kan også inngås kun muntlig. Eventuelt kan en skriftlig avtale bli supplert, presisert eller utfylt av en muntlig avtale. Inneholder arbeidsavtalen opplysninger eller indikasjoner på at arbeidsgiver ikke har økonomisk evne til å dekke lønnsforpliktelser, vil dette tale for at arbeidstaker burde ha forstått at det ikke var midler i virksomheten til å utbetale lønn.

I en sak som har vært til behandling hos både Nav Lønnsgaranti<sup>66</sup> og Arbeidsdepartementet<sup>67</sup>, var problemstillingen om arbeidstaker burde ha forstått at arbeidsgiver ikke var i stand til å overholde sine lønnsforpliktelser. Saken illustrerer hvordan arbeidsavtalen kan gi indikasjoner på at arbeidstaker ikke har vært i god tro. Av partenes skriftlige arbeidsavtale fremgikk det at arbeidsgiver ikke ville være i stand til å utbetale lønn i en periode. Både Nav Lønnsgaranti og Arbeidsdepartementet som klageinstans kom frem til at den skriftlige avtalen tilsa at arbeidstaker i det minste burde ha forstått at arbeidsgiver ikke kom til å klare å utbetale lønn. Arbeid-

---

<sup>65</sup> Innst.O.nr. 44 (1991-1992) side 9-11.

<sup>66</sup> Nav Lønnsgaranti vedtak 4/LHA (2009).

<sup>67</sup> Arbeidsdepartementets vedtak 4/LHA (2010).

staker ble derfor nektet dekning av sitt lønnskrav, jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum.

Videre vil det kunne være relevant å se på *hvordan virksomheten fremstod utad* på avtaleinngåelsestidspunktet. Momenter ved vurderingen vil kunne være virksomhetens størrelse<sup>68</sup>, når den ble etablert, hvem som sitter i styret og ledet den daglige driften, og om det er kjent, for eksempel gjennom mediene, at selskapet har hatt betalingsproblemer tidligere. For å kunne legge vekt på hvordan virksomheten fremstod på avtaleinngåelsestidspunktet, må den sviktende økonomien ha vært synbar på grunn av dette. Det skal derfor en del til for at det kan legges vekt på momentet.

Er arbeidstaker i et *personlig nært forhold* til en som har hatt en rolle i virksomheten, vil dette kunne få betydning ved vurderingen.<sup>69</sup> Nære relasjoner til en person som har hatt innflytelse over virksomheten kan ha medført at arbeidstaker har fått indikasjoner på hvordan det står til med økonomien. Det vil være avgjørende hvilken informasjon arbeidstaker har fått tilgang til gjennom sin relasjon. En nær relasjon, som et kjæresteforhold eller slektskap, vil ikke alene tilsi at arbeidstaker vet eller burde ha visst om hvordan det stod til med virksomhetens økonomi. Forholdet til arbeidsgiver vil gi grunn til å foreta nærmere undersøkelser av hvilken informasjon arbeidstaker hadde tilgang til. Arbeidstakers forhold til arbeidsgiver kan i enkelte tilfeller også innebære at dekning er urimelig, jf. lønnsgarantiloven § 7 annet ledd, som er nærmere omtalt i kapittel 5.

Et annet forhold til arbeidsgiver som kan få betydning er *hvilken stilling arbeidstaker har hatt i virksomheten*.<sup>70</sup> Det er større sannsynlighet for at arbeidstaker som har hatt roller i virksomheten, som daglig leder, styremedlem eller har hatt eierandeler, har innsikt i dens økonomiske situasjon. Det kan tilsi at det skal mindre til for at han burde ha visst om den økonomiske situasjonen ved avtaleinngåelse. Det må i tilfelle ses hen til hva slags rolle arbeidstaker hadde etter de reelle underliggende forholdene, og hvilken informasjon vedkommende hadde tilgang til i sin stilling.

Dersom arbeidstaker tar arbeid for en virksomhet, som *ledes av personer som tidligere ledet et selskap som gikk konkurs* eller som på annen måte ble nedlagt på grunn av insolvens, og arbeidstaker jobbet i den tidligere virksomheten da det skjedde, vil dette kunne være en indikasjon på at arbeidstaker burde ha forstått at det nye selskapets økonomi var dårlig.<sup>71</sup> Arbeids-

---

<sup>68</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 41.

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 41.

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 41.

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 41.

taker bør være særlig oppmerksom på personer som har en slik bakgrunn, da måten personene driver selskapet på kan ha vært årsaken til den tidligere insolvensen. Hvilken betydning dette får for vurderingen av om arbeidstaker har vært uaktsom vil imidlertid bero på omstendighetene rundt stiftelsen av det nye selskapet.<sup>72</sup> Dersom arbeidstaker har vært involvert i flere konkurssaker med samme arbeidsgiver i løpet av kort tid, vil dette kunne tale for at arbeidstaker ikke har vært i god tro vedrørende arbeidsgivers betalingsevne.<sup>73</sup> Det vil også kunne være relevant å se på hvorfor det tidligere selskapet gikk konkurs eller måtte nedlegges på grunn av insolvens.

Disse momentene vil kun være veiledende for vurderingen. Det må foretas en helhetsvurdering av hvordan arbeidsgiver fremstod for arbeidstaker på tidspunktet da arbeidsavtalen ble inngått.

#### **4.3 Arbeidstaker har ikke vært i tro om at lønn var forutsatt dekket over garantien**

Lønnsgarantiloven § 7 første ledd annet punktum rammer tilfeller der forutsetningen for et ansettelsesforhold, ansettelsesvilkår eller endring i en arbeidsavtale var at kravet helt eller delvis skulle dekkes over garantien. Regelen ble innført for å presisere hvilke tilfeller regelen i lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum omfatter. Formålet med å innføre lønnsgarantiloven § 7 første ledd annet punktum var blant annet å forhindre at lønnsgarantien ble brukt som en form for driftsstøtte.<sup>74</sup> Det var ønskelig å forhindre at nylig oppstartede bedrifter brukte lønnsgarantien som en slags driftskreditt, eller at lønnen ble økt når man merket at selskapet snart kom til å gå konkurs.<sup>75</sup>

For det første rammer bestemmelsen tilfeller der forutsetningen for et ansettelsesforhold er at lønn skal dekkes helt eller delvis over garantien, og arbeidstaker ikke har vært i god tro om at arbeidsgiver ikke hadde en slik forutsetning med ansettelsen. Dette vil kunne omfatte tilfeller der det inngås et ansettelsesforhold med den hensikt å få et krav dekket over garantien, herunder at arbeidstaker ikke hadde blitt ansatt i stillingen hvis arbeidsgiver ikke visste at selskapet kom til å gå konkurs. Videre rammer bestemmelsen tilfeller der forutsetningen for ansettelsesvilkår er at lønn helt eller delvis skal dekkes over garantien, og arbeidstaker ikke var i god tro om denne forutsetningen. Det vil kunne omfatte tilfeller der lønnen utformes med den hensikt å få kravet dekket helt eller delvis over garantien. For det tredje vil tilfeller der arbeidsavtalen endres med en forutsetning om at kravet skal dekkes over garantien, og arbeidstaker ikke

---

<sup>72</sup> Ot.prp.nr.27 (1991-1992) side 41.

<sup>73</sup> Konkursrådet (2000) side 293.

<sup>74</sup> Ot.prp.nr.38 (1997-1998) side 15.

<sup>75</sup> Ot.prp.nr.38 (1997-1998) side 31.

har vært i god tro om at arbeidsgiver hadde denne forutsetningen. Dette vil typisk gjelde dersom arbeidstaker settes opp i lønn fordi det forsøkes å få størst mulig utbetaling fra lønnsgarantien.

For at det skal foreligge en forutsetning om at lønn skal dekkes over garantien, må arbeidsgiver ha hatt en slik forutsetning med avtaleforholdet. Bestemmelsen rammer dermed arbeidstaker kun når arbeidsgiver er innblandet i misbruket. Arbeidstaker vil få dekning så lenge han har vært i god tro om at arbeidsgiver ikke hadde en slik forutsetning.

For å vurdere om arbeidstaker har vært i god tro i slike tilfeller vil tilsvarende utgangspunkter for vurderingen som for lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum i stor grad komme til anvendelse, og det vises til drøftelsen om dette i punkt 4.2. Det fremgår ikke av forarbeidene til lønnsgarantiloven § 7 første ledd annet punktum hvilket tidspunkt det siktes til at arbeidstaker må ha vært i god tro i slike tilfeller. Det er naturlig å forstå bestemmelsen som at den sikter til avtaleinngåelsestidspunktet. Det betyr at arbeidstakers gode tro skal vurderes på tidspunktet for da ansettelsesavtalen ble inngått, eller ansettelsesvilkår ble utformet. Har arbeidsavtalen blitt endret underveis med den hensikt å få dekket hele eller deler av kravet over garantien, må god tro- vurderingen tas ut i fra tidspunktet da avtalen ble endret.

#### **4.4 Oppsummering**

Lønnsgarantiloven § 7 første ledd er ment å ramme arbeidstakere som ikke har berettigede interesser i å få lønnsgarantidekning, på grunn av manglende god tro om arbeidsgivers betalingsevne eller forutsetninger for arbeidsforholdet. For at bestemmelsen skal virke proporsjonalt mot å forhindre misbruk, kan det ikke stilles for høye krav til arbeidstakers aktsomhet, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a. Det kan utledes av rettskildene at det er en høy terskel for å unnta arbeidstaker fra lønnsgarantiordningen i slike tilfeller. Arbeidstakers gode tro skal vurderes ut i fra tidspunktet arbeidsavtalen ble inngått. Dersom et ansettelsesforhold eller vilkår er inngått med hensikt å få dekket lønnskrav over garantien, må vurderingen tas ut i fra når avtalen ble inngått eller vilkårene ble utformet. I tilfelle avtalen er endret underveis med en forutsetning om at kravet skal dekkes over garantien, må vurderingen tas ut i fra tidspunktet da avtalen ble endret. Arbeidstaker har ingen spesiell undersøkelsesplikt, og det avgjørende vil være hvordan arbeidsgiver fremstod for arbeidstaker på tidspunktet arbeidsavtalen ble inngått eller endret.

## 5 FORHOLDET TIL ARBEIDSGIVER GJØR DEKNING URIMELIG

### 5.1 Innledning

#### 5.1.1 Om lønnsgarantiloven § 7 annet ledd

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd hjemler adgang til å avslå søknader dersom arbeidstakeren står i «et slikt forhold til arbeidsgiveren» at dekning av kravet må anses som «urimelig». Ordlyden i lønnsgarantiloven § 7 annet ledd viser til at det må foretas en konkret vurdering av om det foreligger et forhold mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren, og en skjønnsmessig vurdering av om forholdet innebærer at dekning fremstår som urimelig. Det uttales i forarbeidene at det vil være vanskelig å bevise at arbeidstaker og arbeidsgiver står i et slikt forhold at lønnsgarantidekning er urimelig, og at det derfor må foretas en konkret helhetsvurdering av om forholdet skal medføre at arbeidstaker skal nektes dekning for sitt lønnskrav i slike tilfeller.<sup>76</sup> Mange situasjoner vil kunne utgjøre et «forhold», men for at dekning kan avslås må forholdet ha gitt seg urimelige utslag. Bestemmelsens anvendelsesområde innskrenkes dermed av urimelighetsvilkåret.

Problemstillingen for dette kapittelet er hva som skal til for at arbeidstaker kan gis avslag på lønnsgarantidekning på grunn av sitt forhold til arbeidsgiver etter lønnsgarantiloven § 7 annet ledd. For å illustrere hvilke tilfeller som kan rammes vil jeg drøfte særskilte problemstillinger som oppstår for ulike kategorier arbeidstakere. Jeg vil illustrere hvilke tilfeller bestemmelsen kan ramme ved å bruke saker fra forvaltningspraksis som eksempler.

#### 5.1.2 Bakgrunnen for at bestemmelsen ble innført

Innføringen av lønnsgarantiloven § 7 annet ledd må ses i sammenheng med endringer som er gjort for hvilke persongrupper som er unntatt lønnsgarantidekning i lønnsgarantiloven § 1 jf. dekl. § 9-3. Tidligere var enkelte persongrupper unntatt lønnsgarantidekning etter skjematiske regler. Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd ble vedtatt samtidig med fire endringer i dekl. § 9-3 første ledd nr.1. Endringene medførte at noen grupper arbeidstakere ikke lenger ble unntatt fra å ha førsteprioriterte krav av første klasse etter dekl. § 9-3, og dermed kunne få lønnsgarantidekning, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd. For det første ble unntaket for arbeidstaker som var nærstående til daglig leder eller person med eierandel over 20 % fjernet. For det andre ble unntaket for nærstående som tilsammen hadde en eierandel i virksomheten på minst 20 % fjernet. For det tredje ble unntaket for arbeidstakere som hadde vært styremedlem eller hadde hatt eierandeler på over 20 %, endret til at de kunne få lønnsgarantidekning hvis de kan sannsynliggjøre at de ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften av virksom-

---

<sup>76</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

heten. For det fjerde ble karantenetiden for daglig leder og eier som fratrer mindre enn seks måneder før konkursen opphevet.<sup>77</sup>

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd ble innført for å oppfylle kravene etter det tidligere insolvensdirektivet<sup>78</sup> artikkel 10 bokstav b, som i dag har en tilsvarende ordlyd som någjeldende insolvensdirektiv<sup>79</sup> artikkel 12 bokstav b.<sup>80</sup> De tidligere unntakene for nærstående ble også opphevet da de ble oppfattet som urimelige, fordi alminnelige arbeidstakere som ikke hadde oppnådd særskilte fordeler eller utøvd innflytelse over driften av virksomheten risikerte å bli rammet. Det uttales imidlertid i forarbeidene at hensynene som lå bak de tidligere unntakene fortsatt vil kunne være relevante ved vurderingen.<sup>81</sup>

Ved innføringen av lønnsgarantiloven § 7 annet ledd var det ønskelig at bestemmelsen virket mer målrettet mot misbruk.<sup>82</sup> Endringene i regelverket medførte at vurderingene ble mer skjønnsmessige. Dette har både positive og negative sider. En skjønnsmessig regel er egnet til å gi rimeligere resultater, men svekker samtidig arbeidstakers rettsstilling med tanke på hensynet til forutberegnelighet. Å endre regelverket for hvem som kan få lønnsgarantidekning fra objektive til mer skjønnsmessige kriterier, var likevel hensiktsmessig for å forhindre at arbeidstakere i sårbare eller uheldige situasjoner blir nektet dekning over garantien. Når vurderingen i stor grad bærer preg av å være skjønnsmessig, vil arbeidstakere som står i nære relasjoner eller andre former for forhold til arbeidsgiver og virksomheten, uten at dette har gitt seg utslag i misbruk, ikke bli rammet. Det forutsetter imidlertid at det anvendes et forsvarlig skjønn.

### 5.1.3 Forholdet til insolvensdirektivet artikkel 12

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd har fått en annen ordlyd enn insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav b, begrunnet i retts tekniske og bevismessige hensyn. Det ble uttalt av en av høringsinstansene at det kunne bli utfordrende å fastslå om det forelå en stilltiende avtale, og hvordan begrepet skulle forstås ut i fra avtalerettslige prinsipper.<sup>83</sup> Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd sin ordlyd ble likevel ansett av departementet for å omfatte de tilfeller insolvensdirektivet

---

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 2.

<sup>78</sup> EP/Rdir 80/987/EØF

<sup>79</sup> EP/Rdir 2008/94/EF

<sup>80</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

<sup>81</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

<sup>82</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

artikkel 12 bokstav b rammer.<sup>84</sup> For en nærmere redegjørelse for hvilke krav insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav b stiller til norsk rett, se punkt 3.3.2.

Da lønnsgarantiloven § 7 annet ledd er gitt en annen utforming enn direktivet, er det ikke helt klart hvordan norsk rett skal tolkes for å være i overenstemmelse med de EØS-rettslige krav. Forholdet til arbeidsgiver kan gjøre dekning urimelig, uten at dette har gitt seg utslag i en stilltende avtale, for eksempel dersom arbeidstaker har hatt en rolle som daglig leder i virksomheten og har ledet den på en slik måte at han kan bebreides for at virksomheten gikk konkurs. De tilfellene som ikke omfatter vilkårene i insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav b, må vurderes opp mot insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a eller c.

For å være i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser etter insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a, må urimelighetsvurderingen etter lønnsgarantiloven § 7 annet ledd innebære at kun arbeidstakere som har forsøkt å misbruke ordningen rammes. Det innebærer at det må anvendes et hensiktsmessig skjønn, der det tas hensyn til bestemmelsens formål om å forhindre misbruk ved praktiseringen. I dette ligger at arbeidstaker ikke alene kan unntas på grunn av sitt forhold til arbeidsgiver. Forholdet må ha gitt seg urimelige utslag som tilsier at det er misbruk av lønnsgarantiordningen. For en nærmere redegjørelse for insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a, se punkt 3.3.1.

Forarbeidene til lønnsgarantiloven § 7 annet ledd nevner at bestemmelsen kan ramme arbeidstaker som har fratrådt eierandeler kort tid før virksomheten gikk konkurs.<sup>85</sup> For å vurdere om arbeidstaker kan unntas i slike tilfeller, må det ses hen til adgangen til å unnta eiere etter insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav c. Dette vil bli drøftet under punkt 5.5.

## **5.2 Foreligger det et forhold til arbeidsgiveren?**

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd rammer arbeidstakers forhold til arbeidsgiver. Det er i denne forbindelse nødvendig å avklare hvem det menes at arbeidstaker har stått i et forhold til, og hvilke forhold som omfattes. Det følger av insolvensdirektivet artikkel 2 nr. 2 at direktivet ikke begrenser medlemsstatenes rett til å definere begrepet «arbeidsgiver» i nasjonal rett. Arbeidsgiver-begrepet brukes i mange ulike lover, og må defineres og presiseres ut i fra det enkelte regelverk. Lønnsgarantiloven gir ingen spesielle føringer for hva som menes med «arbeidsgiver» i loven. Det kan tas utgangspunkt i den generelle definisjonen slik den gis i arbeidsmiljøloven § 1-8(2) første punktum, som definerer arbeidsgiver som en «enhver som har

---

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4. I forarbeidene vises det til den tidligere versjonen, EP/Rdir 80/987/EØF, som da utgjorde direktivets artikkel 10 bokstav b.

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Begrepet er langt på vei en speiling av arbeidstakerbegrepet.

Hvem som er ansvarlig for lønnsforpliktelser som arbeidsgiver vil bero på hva slags selskapsform virksomheten har. Med «enhver» menes både fysiske personer og juridiske personer. I ansvarlige selskap er det personene som eier selskapet som står personlig til ansvar for selskapet, jf. selskapsloven<sup>86</sup> § 1-1(1). I selskaper med begrenset ansvar, som aksjeselskap, er det selskapet i seg selv som er ansvarssubjekt, jf. aksjeloven<sup>87</sup> §§ 1-1(2) jf. 1-2(1). Dette innebærer at dersom arbeidstaker arbeider for et aksjeselskap eller liknende, så er det selskapet som sådan som står ansvarlig for lønnsforpliktelser, men dersom selskapet er et ansvarlig selskap er det personene som står ansvarlige for selskapet som må stå til ansvar. Hvem som er arbeidsgiver vil derfor ikke nødvendigvis være en fysisk person, men arbeidsgiverrollen vil kunne knyttes opp mot en eller flere personer som har hatt lederfunksjoner i virksomheten.

Et forhold til arbeidsgiver kan dermed omfatte to former for relasjoner. For det første kan det gjelde arbeidstaker som har hatt en rolle i virksomheten som gir en tilknytning til arbeidsgiveren, og for det andre arbeidstaker som står i et personlig nært forhold til personer som har hatt en ledende funksjon i virksomheten.

### 5.3 Urimelighetsvurderingen

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd viser til at det skal foretas en vurdering av om forholdet gjør at dekning av kravet må anses som «urimelig». Ved vurderingen av om det foreligger et forhold etter bestemmelsen vil mange arbeidstakere kunne omfattes, men likevel ha krav på lønnsgarantidekning da forholdet må innebære at dekning er urimelig. Den avgjørende vurderingen er dermed om forholdet har gitt seg urimelige utslag. I dette ligger at forholdet på en eller annen måte må ha blitt utnyttet, slik at det i alt fremstår som urimelig å innvilge dekning. Det er naturlig å forstå begrepet «urimelig» som at det siktes til en vurdering av hva som i alt gir et mest mulig rettfærdig utfall. Ved vurderingen av om dekning skal avslås vil det være avgjørende hvilken betydning forholdet til arbeidsgiveren har hatt for ansettelsesforholdet. Forholdet kan ha gitt seg urimelige utslag ved at arbeidstaker har hatt særlige fordeler, i form av lønn eller andre goder, eller fordi arbeidstaker har hatt en slik innflytelse over virksomheten at dekning fremstår som støtende overfor de andre kreditorene.

---

<sup>86</sup> Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven).

<sup>87</sup> Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven). Tilsvarende for allmennaksjeselskap, jf. lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) § 1-1(2) jf. 1-2(1).



### 5.3.1 Hensynet til kreditorfellesskapet

Når det utbetales lønnsgaranti får staten et regresskrav i boet som vil gå på bekostning av de andre kreditorene som har fordringer med lavere prioritet. For en nærmere redegjørelse for statens regressrett i boet, se punkt 2.3. Det er derfor sentralt ved vurderingen av om arbeidstaker skal unntas fra lønnsgarantiordningen på grunn av misbruk om dekning av kravet fremstår som støtende overfor de andre kreditorene i konkursen.<sup>88</sup> Dersom arbeidstaker har oppnådd særlige fordeler eller utøvd innflytelse over virksomheten, kan det fremstå som støtende overfor de andre kreditorene at vedkommende skal få dekning for sitt krav på deres bekostning. Årsaken til at det kan fremstå som urimelig å innvilge lønnsgarantidekning til personer som har utøvd innflytelse over virksomheten er fordi slike personer på grunn av sin innflytelse kan være å bebreide for at virksomheten gikk konkurs.<sup>89</sup>

### 5.3.2 Hensynet til det offentlige

Lønnsgarantiordningen bærer i stor grad preg av å være en stønadsordning. Hensynet til det offentliges interesser vil derfor også stå sentralt ved vurderingen av om det er urimelig å innvilge arbeidstaker lønnsgaranti. Herunder vil det aktuelt å se på om dekning i det enkelte tilfelle kan fremstå som støtende overfor det offentliges interesser, fordi arbeidstakers adferd bærer preg av å være misbruk av ordningen.

## 5.4 Arbeidstaker har vært daglig leder eller styremedlem

Arbeidstaker som har vært daglig leder eller styremedlem har krav på lønnsgarantidekning, jf. lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr.1. Arbeidstaker kan likevel i slike tilfeller på grunn av sin rolle ha utøvd en innflytelse over virksomheten som tilsier at dekning er urimelig. Arbeidstaker kan da gis avslag etter lønnsgarantiloven § 7 annet ledd. Dersom arbeidstaker har innehatt flere roller vil dette øke hvilke muligheter vedkommende har hatt til å utøve innflytelse over virksomheten eller oppnå særlige fordeler. Det må ses hen til hvem som faktisk har fungert som daglig leder, styremedlem eller eier, da det er hvilken reel beføyelse arbeidstaker har hatt over virksomheten som vil være avgjørende.

Når staten innestår for et lønnskrav fra daglig leder og styremedlem, får staten prioritet på lik linje med hva alminnelige arbeidstakere ville fått, jf. dekn. § 9-3 annet ledd tredje punktum. Dersom arbeidstaker har hatt innflytelse over virksomheten eller oppnådd særlige fordeler, vil dette derfor kunne oppfattes som støtende overfor kreditorfellesskapet.

---

<sup>88</sup> Ot.prp. nr.53 (2001-2002) side 4.

<sup>89</sup> NOU 1972:20 side 350.

Ved vurderingen av om daglig leder skal nektes dekning for sitt lønnskrav, vil det være av betydning hvordan vedkommende har ledet virksomheten. Dersom ledelsen av selskapet har vært uforsvarlig kan det virke støtende overfor de andre kreditorene at vedkommende får innvilget sin søknad om lønnsgarantidekning.

I en sak som har vært til behandling hos Arbeids - og sosialdepartementet<sup>90</sup> som klageinstans, var problemstillingen om arbeidstaker skulle nektes dekning på grunn av måten han hadde ledet selskapet på. Søker var ansatt som byggleder, men det kom frem at han i realiteten hadde fungert som daglig leder. Etter at selskapet hadde gått konkurs ble søker etter bostyrers anbefaling ilagt konkurskarantene på bakgrunn av måten han hadde ledet selskapet på før det gikk konkurs. Årsaken til konkurskarantenen var blant annet manglende regnskapsføring, at det var utbetalt lønn i kontanter til ansatte uten å foreta skattetrekk og at han hadde unndratt kjøretøy fra boets beslag. Det ble ved vurderingen av om arbeidstaker skulle gis avslag på lønnsgaranti lagt betydelig vekt på hvilke forhold som lå bak at søker var ilagt konkurskarantene. På denne bakgrunn ble arbeidstaker nektet lønnsgarantidekning.

## **5.5 Arbeidstaker har fratrådt eierandeler kort tid før virksomheten gikk konkurs**

Tidligere var det en karantenebestemmelse i lønnsgarantiregelverket, som gjorde unntak for arbeidstakere som har trådt ut av stilling som enten eier av over 20 % av virksomheten, daglig leder eller styremedlem de siste seks måneder før fristdagen. Dette omfattet også arbeidstaker som til sammen med nærstående hadde hatt eierandeler på over 20 % og fratrådt fra en slik stilling i den angitte tidsperioden.<sup>91</sup> Det fremgår av forarbeidene at personer som ble unntatt fra dekning etter den tidligere karantenebestemmelsen, kan utgjøre et forhold etter lønnsgarantiloven § 7 annet ledd. Videre fremgår det av forarbeidene at dekning i slike tilfeller kan fremstå som støtende overfor de andre kreditorene, og at lønnsgarantiloven § 7 annet ledd da kan virke som en sikkerhetsventil.<sup>92</sup> Unntaket hadde sammenheng med at daglig leder og styremedlem tidligere ikke hadde krav på lønnsgarantidekning. Da daglig leder og styremedlem nå i utgangspunktet har krav på lønnsgarantidekning, blir det adgangen til å unnta eiere som har fratrådt kort tid før konkursen det er aktuelt å se på når kan unntas etter lønnsgarantiloven § 7 annet ledd.

Arbeidstaker som har hatt eierandeler på over 20 % i virksomheten får i utgangspunktet ikke lønnsgarantidekning, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd jf. dekl.§ 9-3 første ledd nr.1 bokstav b. Det kan gjøres unntak dersom vedkommende kan sannsynliggjøre at han ikke har ut-

---

<sup>90</sup> Arbeids- og sosialdepartementets vedtak 6/LHA (2014).

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.53(2001-2002) side 2.

<sup>92</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

øvd «vesentlig innflytelse» på driften gjennom sin eierandel, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd jf. dekl. § 9-3 første ledd nr.1 bokstav b jf. annet ledd første og annet punktum. Selv om arbeidstaker ikke har opptjent lønnskrevet i en posisjon som eier, kan det fremstå som urimelig at arbeidstaker får lønnsgarantidekning når han tidligere har hatt eierandeler i virksomheten, på grunn av hvilken innflytelse vedkommende har hatt på driften og dermed skyld vedkommende kan ha for at virksomheten gikk konkurs.

En sak som har vært til behandling hos Arbeidsdepartementet<sup>93</sup> som klageinstans, illustrerer at det kan være tvilsomt om dekning fremstår som urimelig når arbeidstaker har fratrådt eierandeler. I saken var spørsmålet hvilken betydning arbeidstakers tidligere eierandeler hadde for hans forhold til arbeidsgiver, jf. lønnsgarantiloven § 7 annet ledd. Arbeidstaker eide opprinnelig 100 % av aksjene i selskapet, men hadde solgt disse tre måneder før konkursåpning, på bakgrunn av en avtale inngått nesten tre år før salget. Arbeidstaker var i tillegg daglig leder og styreleder i et enestyre i virksomheten. Departementet viste i vurderingen til at bestemmelsen er ment å ramme arbeidstakere som fratrer som eier med hensikt om å få lønnsgarantidekning. Dette ble ikke vurdert å være tilfelle, da arbeidstaker hadde solgt alle aksjene på bakgrunn av en avtale inngått tre år før selskapet gikk konkurs. Aksjene var solgt til en veldig lav pris, men dette ble vurdert som naturlig på grunn av selskapets lave verdi. Arbeidstaker hadde dessuten inngått en avtale med arbeidsgiver om å kjøpe domenenavn, telenonnummer med mer, til sin nye virksomhet for kr 10 000. Avtalen ble imidlertid ikke omstøtt av konkursboet, fordi den ble vurdert å ha liten verdi for de andre kreditorene. Departementet vurderte derfor at avtalen heller ikke begünstiget arbeidstaker på bekostning av det øvrige kreditorfellesskapet. På denne bakgrunn kom departementet frem til at arbeidstaker hadde krav på dekning for sitt lønnskrav over garantien.

I den såkalte *Andersson*-saken, fra EU-domstolen, var spørsmålet om det var i tråd med insolvensdirektivet å unnta Lotta Andersson fra lønnsgarantiordningen, fordi hun hadde eid en vesentlig del av virksomhetens drift og hatt en betydelig innflytelse på driften, og fratrådt som eier kort tid før selskapet gikk konkurs.<sup>94</sup> Andersson hadde vært arbeidstaker i en virksomhet i Sverige. EU-domstolen uttalte at insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav c bygger på en formodning om at arbeidstakere som har hatt betydelig innflytelse over driften på grunn av vesentlige eierandeler kan være delvis ansvarlige for at selskapet er blitt insolvent.<sup>95</sup> Det ble videre uttalt at artikkel 12 bokstav c ikke oppstiller noen frist for når arbeidstaker må ha fratrådt sine eierandeler for å kunne ha krav på lønnsgaranti.<sup>96</sup> Adgangen til å unnta arbeidstake-

---

<sup>93</sup> Arbeidsdepartementet vedtak AML/7 (2012).

<sup>94</sup> Case C-30/10 Lotta Andersson v. Svenska staten.

<sup>95</sup> Case C-30/10 premiss 24.

<sup>96</sup> Case C-30/10 premiss 23.

re etter bestemmelsen skal vurderes i lys av direktivets sosiale formål, som består i å sikre alle arbeidstakere en minimumsbeskyttelse ved arbeidsgivers insolvens.<sup>97</sup> EU-domstolen konkluderte i saken med at det ikke går i mot formålet med artikkel 12 bokstav c å unnta arbeidstakere som fratrer vesentlige eierandeler, når de har utøvd innflytelse på virksomheten gjennom sine eierandeler. Dette ble begrunnet i at det nettopp i slike omstendigheter ikke kan utelukkes at arbeidstakeren kan være ansvarlig for at selskapet ble insolvent.<sup>98</sup> Det kan utledes av dommen at det ikke er til hinder for de EØS-rettslige krav som stilles til norsk rett at arbeidstaker som har fratrådt fra vesentlige eierandeler i virksomheten og som på grunn av eierandelene hadde en betydelig innflytelse over virksomheten, nektes lønnsgaranti selv om vedkommende fratrådte sin posisjon som eier kort tid før selskapet gikk konkurs.

I *Andersson* hadde arbeidstaker fratrådt sin rolle som eier mindre enn seks måneder før selskapet gikk konkurs. Det uttales ikke i dommen hvor langt bak i tid arbeidstaker kan ha hatt eierandeler, som gir adgang til å unnta vedkommende etter bestemmelsen. Det kan utledes av dommen at arbeidstaker som fratrer en slik eierposisjon, som vedkommende utøvde betydelig innflytelse over virksomheten gjennom, i hvert fall kan gis avslag dersom vedkommende fratrådte sin posisjon seks måneder eller kortere før virksomheten gikk konkurs.

## **5.6 Arbeidstaker er nærstående til en person som har hatt roller i virksomheten**

Det uttales i forarbeidende at de hovedhensyn som lå bak de tidligere unntakene for nærstående er relevante ved vurderingen av hvilke forhold som omfattes.<sup>99</sup> Tidligere ble det gjort unntak for nærstående av daglig leder eller til personer som alene eller til sammen hadde hatt eierandeler i virksomheten på over 20 %. Unntaksregelen var objektiv da den ikke innebar noen konkret vurdering av om den nærstående faktisk hadde utøvd innflytelse over virksomheten. Hvem som var å anse som nærstående ble definert etter dekl.§ 1-5, som omfatter ektefeller, ugifte samboere, forlovede, slektninger i opp- og nedstigende linje, søsken, de nevnte personers ektefeller og andre som står hverandre personlig nært. Bakgrunnen for det tidligere unntaket var at dekning i slike tilfeller kunne virke støtende overfor kreditorer med uprioriterte krav. Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende når arbeidstaker får lønnsgaranti etter dagens regelverk, da staten får en fortrinnsberettiget fordring av første klasse i boet i slike tilfeller.<sup>100</sup>

Nærstående av personer som har hatt innflytelse på virksomheten kan gis avslag på lønnsgaranti dersom forholdet har gitt seg urimelige utslag, jf. § 7 annet ledd. Spørsmålet blir så hva

---

<sup>97</sup> Case C-30/10 premiss 25.

<sup>98</sup> Case C-30/10 premiss 27.

<sup>99</sup> Ot.prp.nr.53(2001-2002) side 4.

<sup>100</sup> Se punkt 2.3.

som skal til for at nærstående unntaksvis kan nektes dekning i slike tilfeller. Dersom arbeidstaker står i et personlig nært forhold til daglig leder, styremedlem, eier eller en person som i realiteten har hatt en eller flere slike roller, vil vedkommende på grunn av relasjonen kunne ha oppnådd fordeler eller ha utøvd innflytelse over selskapet. Årsaken til dette er at personer med en slik relasjon vil kunne ha felles interesser som medfører et ønske om å tilgodese hverandre.<sup>101</sup> Dekning kan da fremstå som urimelig. Dersom arbeidstaker i forhold til de øvrige ansatte har hatt en spesielt gunstig arbeidsavtale, eller er gitt uforholdsmessig gode arbeidsvilkår, kan dette tyde på at arbeidstakeren har et forhold til arbeidsgiveren som er blitt utnyttet.<sup>102</sup>

For å kunne unnta arbeidstakere som har hatt en slik nærstående posisjon må norsk rett ikke begrense arbeidstakers rett til lønnsgaranti i større grad enn det insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a og b åpner for. For en nærmere redegjørelse for de EØS-rettslige krav som stilles til regelverket, se punkt 3.3. Etter insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav b kan arbeidstaker unntas i slike tilfeller dersom det foreligger «særlige forbindelser» med arbeidsgiver, og «felles interesser» som resulterer i en «stilltiende avtale». Arbeidstaker som står i et nært forhold til personer med innflytelse over selskapet kan ha en særlig forbindelse til arbeidsgiver. Den nære relasjonen kan også tilsi at partene har felles interesser. En slik stilltiende avtale kan for eksempel gi seg utslag i en avtale om betalingsutsettelse eller en spesielt gunstig arbeidsavtale.

En stilltiende avtale kan være at arbeidstaker har hatt en *spesielt gunstig arbeidsavtale* i forhold til de andre ansatte. Forarbeidende nevner dette som eksempel på tilfelle som kan omfattes av lønnsgarantiloven § 7 annet ledd. Det uttales i forarbeidende at dette kan være når arbeidstakers tittel og lønn ikke samsvarer med arbeidsoppgavene vedkommende har hatt, eller når arbeidstaker har hatt en stilling han ikke var kvalifisert til å ha.<sup>103</sup> Arbeidstaker har da oppnådd en særlig fordel på grunn av sitt forhold til arbeidsgiver, og dekning kan fremstå som urimelig. Dersom lønnen ikke står i rimelig forhold til arbeidsoppgavene eller kvalifikasjonene arbeidstakeren har, kan det likevel ramme arbeidstaker veldig hardt økonomisk dersom lønnskravet skal avslås i sin helhet. En mulighet er derfor å innvilge kravet delvis, slik at det tilsvarer hvilken lønn arbeidstaker ville ha oppnådd i en stilling der han ikke hadde en slik særlig fordel.

I en sak behandlet av Nav Lønnsgaranti var problemstillingen om to arbeidstakere hadde hatt en uforholdsmessig høy lønn.<sup>104</sup> Lønnen var høy med tanke på deres utdanning, arbeidsopp-

---

<sup>101</sup> Ot.prp.nr.53(2001-2002) side 4.

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.53(2001-2002) side 4.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr.53(2001-2002) side 4.

<sup>104</sup> Nav Lønnsgaranti vedtak 10/LHA (2013).

gaver og ansvar i selskapet. De gunstige arbeidsavtalene kunne ses i sammenheng med at den ene arbeidstakeren var sønn av reell styreleder, og den andre av daglig leder. Hvilket lønnsnivå søkerne i etterkant hadde i sine etterfølgende jobber, talte for at lønnen hadde vært uforholdsmessig høy. Nav Lønnsgaranti besluttet på denne bakgrunn derfor å innvilge lønnskra-vene delvis, tilsvarende hva det ble antatt at de kunne forvente å få i lønn med sin kompetanse.

En stilltiende avtale kan også være en *avtale om utsettelse av lønnsutbetalingene*. Forarbeidene nevner dette som eksempel på tilfelle som kan omfattes av lønnsgarantiloven § 7 annet ledd.<sup>105</sup> En avtale om betalingsutsettelse kan oppfattes som en form for kredittgivning til virksomheten, som viser at arbeidstaker har hatt et spesielt forhold til arbeidsgiver som gjør det urimelig at han skal få lønnsgaranti på lik linje med andre arbeidstakere.

Det ble lagt til grunn at det forelå en muntlig avtale om betalingsutsettelse i en sak behandlet av Arbeidsdepartementet som klageinstans.<sup>106</sup> Arbeidstaker var far til daglig leder i selskapet. Daglig leder hadde gitt opplysninger til bostyrer om at arbeidstaker kun hadde mottatt lønnen delvis nesten et helt år før selskapet gikk konkurs. Årsaken til dette var at arbeidstaker ønsket å være snill mot sin sønn. Departementet fant at dette fremstod som en muntlig avtale om betalingsutsettelse. Arbeidstaker hevdet på sin side at det var naturlig for enhver arbeidstaker å ville bidra til å redde sin arbeidsplass, og at han ikke hadde hatt noen annen rolle i virksomheten enn de øvrige arbeidstakerne. Departementet la til grunn at det ikke er vanlig at en alminnelig arbeidstaker tar på seg en slik risiko for sin arbeidsgiver, og at det var naturlig å knytte denne avtalen opp mot arbeidstakers nære relasjon til arbeidsgiver. På bakgrunn av opplysninger fra bostyrer ble det også lagt til grunn at det bare var far av daglig leder som hadde utestående lønnskrav, noe som styrket mistanken om at forholdet hadde hatt betydning for avtalen. På denne bakgrunn ble kravet avslått med hjemmel i lønnsgarantiloven § 7 annet ledd.

Hvis den nære relasjonen ikke har medført en stilltiende avtale mellom partene, kan dekning kun avslås så lenge tiltaket lønnsgarantiloven § 7 annet ledd oppstiller fremstår som proporsjonalt, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a. Dette innebærer at bestemmelsen kun kan ramme misbrukende adferd.

---

<sup>105</sup> Ot.prp.nr.53 (2001-2002) side 4.

<sup>106</sup> Arbeids- og sosialdepartementet vedtak AML(4) (2014).

## 5.7 Oppsummering

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd vil fange opp flere forskjellige former for misbruk. Bestemmelsen vil etter sin ordlyd kunne ramme mange forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, men anvendelsesområdet begrenses av urimelighetsvilkåret. Norges EØS-rettslige forpliktelser setter grenser for i hvor stor grad arbeidstaker kan unntas fra ordningen på grunn av misbruk, jf. insolvensdirektivet artikkel 12, og kravene insolvensdirektivet stiller vil sette føringer for vurderingene.

Det kan legges til grunn at lønnsгарantiloven § 7 annet ledd i hovedsak vil ramme to kategorier forhold. For det første vil den kunne ramme arbeidstakere som har et forhold til virksomheten, ved at de har vært daglig leder, styremedlem eller eier. Det vil her være avgjørende hvilke reelle roller arbeidstaker har hatt, herunder ikke hvilke formelle roller personer er registrert med, da det er innflytelsen vedkommende har utøvd over selskapet eller fordelene vedkommende har oppnådd som er avgjørende. For det andre vil personlige relasjoner til en person som har hatt slike roller omfattes.

Det avgjørende vil være om forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver har gitt seg urimelige utslag. Ved urimelighetsvurderingen må det anvendes et forsvarlig skjønn, der det ses hen til om forholdet har medført at arbeidstaker har oppnådd særlige fordeler eller gjennom sitt forhold har utøvet innflytelse over selskapet som medfører at dekning fremstår som urimelig. Ved vurderingen vil det både være av betydning om dekning kan oppfattes som støtende overfor kreditorfellesskapet, og overfor det offentlige interesser da ordningen i stor grad er en stønadsordning.

## **6 FANGER REGELVERKET OPP MISBRUK I TILSTREKKELIG GRAD?**

### **6.1 Innledning**

Lønnsgarantiloven § 7 gir regler for å hindre ulike former for misbruk av lønnsgarantiordningen, og kan betegnes som en ren misbruksbestemmelse. Den rammer imidlertid ikke alle mulige former for misbruk. Arbeidstaker kan for eksempel forsøke å tilpasse sitt arbeidsforhold så det fremstår som det passer med vilkårene for dekning. Videre kan arbeidsgiver spekulere i ordningen, uten at arbeidstaker burde være klar over dette. Det hender også at en tredjeperson trer inn i eller overtar lønnskravet før konkurs, og at det skjer som ledd i skjult driftskreditt eller for å misbruke ordningen på en annen måte. Det vil i det følgende bli redegjort for noen andre former for misbruk. Det vil bli drøftet om regelverket i tilstrekkelig grad fanger opp misbruk, eller om det er mulig å utnytte lønnsgarantiordningen uten at forvaltningen har rettslig adgang til å forhindre det.

### **6.2 Søker er næringsdrivende og forsøker å fremstå som arbeidstaker**

Det er et grunnleggende vilkår at kravet stammer fra arbeid utført av søker i «tjenesteforhold» jf. lønnsgarantiloven § 1 annet ledd. Oppdragstakere og andre selvstendige næringsdrivende kan derfor ikke få dekket utestående lønnskrav gjennom ordningen. Norge er kun forpliktet til å besørge garanti for arbeidstakere, jf. insolvensdirektivet artikkel 1 nr.1. Oppdragsforhold og andre slike kontraktsforhold kan likne i sin art på alminnelige arbeidsforhold, og det kan derfor forekomme at kreditorer forsøker å fremstå som arbeidstakere for å nyte godt av de rettighetene arbeidstakere har ved arbeidsgivers konkurs.

Vurderingen av om søker er arbeidstaker må vurderes ut i fra om personen er å anse for å ha utført arbeid i arbeidsgivers «tjeneste», jf. arbeidsmiljøloven § 1-8(1). Vurderingen vil falle ned på hva som er de reelle underliggende forholdene.<sup>107</sup> Jeg vil ikke gå nærmere inn på hva som skal til for at en person er å anse for å være arbeidstaker.

Dersom søker enten alene eller i samarbeid med arbeidsgiver forsøker å fremstå som arbeidstaker, består utfordringen for bostyrer og forvaltningen i å oppdage dette. Så lenge det går an å bevise at søker ikke har vært arbeidstaker har forvaltningen adgang til å avslå krav etter lønnsgarantiloven § 1 annet ledd. Mulighetene for misbruk ligger der så langt dette ikke blir oppdaget.

---

<sup>107</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74.



### 6.3 Arbeidsforholdet er fiktivt

Arbeidsgiver kan opprette en fiktiv stilling og ansette en person i stillingen, med en underliggende avtale med vedkommende om at arbeidsforholdet ikke egentlig eksisterer og at det ikke skal utføres arbeid. For å få dette til å fremstå som et ekte kan arbeidsgiver utbetale lønn i noen måneder i forkant av konkursen, og foreta andre disposisjoner som tilsier at det foreligger et arbeidsforhold. Dersom personen så melder kravet i konkursboet, med henvisning arbeidsavtalen, blir utfordringen for bostyrer og forvaltningen å avdekke at ansettelsen er fiktiv. Denne formen for misbruk vil særlig kunne forekomme i tilfeller der arbeidsgiver og arbeidstaker står hverandre nært, og derfor har et ønske om å tilgodese hverandre.

Lønnskrevet må stamme fra «arbeid i tjenesteforhold», jf. lønnsgarantiloven § 1 annet ledd. I dette ligger et krav om at det må foreligge et reelt arbeidsforhold. For å få lønnsgaranti må eksistensen og størrelsen av lønskrevet sannsynliggjøres av arbeidstaker, jf. lønnsgarantiforskriften § 3-2 punkt 4. Arbeidstaker har bevisbyrden for at det faktisk har vært et arbeidsforhold, og at lønskrevet har oppstått som følge av dette.

Tilfellene vil kunne ligge nært opp mot de som rammes av lønnsgarantiloven § 7. Dersom arbeidsforholdet ikke er reelt, er det adgang til å avslå kravet med hjemmel i lønnsgarantiloven § 1 annet ledd. For å oppdage slike former for misbruk kreves gode kontrollrutiner. Forholdet vil kunne oppdages etter intervju med andre ansatte i bedriften. Dersom de øvrige arbeidstakerne ikke engang kjenner til ansettelsesforholdet, ingen har sett søker på arbeidsplassen eller vært i kontakt med vedkommende i arbeidssammenheng, kan dette tale for at arbeidsforholdet ikke egentlig eksisterer. Dette må imidlertid ses i sammenheng med hva stillingen gikk ut på. Det er her nødvendig å foreta en vurdering av om det var sannsynlig at bedriften hadde behov for en person som arbeidet i en slik stilling. For eksempel vil det for en klesbutikk være mistenkelig dersom de har ansatt en person på fulltid til å arbeide med arkivsystemene i butikken.

I en sak som har vært til behandling hos Nav Lønnsgaranti var det tvil om søker var reell arbeidstaker.<sup>108</sup> Søker var samboer med daglig leder. Hun var ansatt i en fulltidsstilling til å arbeide med registrering av kvitteringer og føring av lister i forbindelse med transporten av hvidevarer, og hadde hjemmekontor. I forkant av konkursen hadde hun mottatt kr 25 000 i lønn i måneden. Ingen av de andre ansatte hadde en tilsvarende stilling eller hjemmekontor. Det var ikke fremlagt timelister eller annen dokumentasjon som kunne bekrefte arbeidsforholdet.

---

<sup>108</sup> Nav Lønnsgaranti vedtak 10/LHA (2013).

Ingen av de andre ansatte, utenom den daglige lederen, kunne gi opplysninger om hvilke arbeidsoppgaver søker hadde hatt. Bostyrer la på denne bakgrunn til grunn at søker ikke var reell arbeidstaker. Nav Lønnsgaranti avsto kravet med hjemmel i lønnsgarantiloven § 7 annet ledd. Kravet kunne nok også blitt avslått med hjemmel i lønnsgarantiloven § 1 annet ledd, da det var indikasjoner på at arbeidsforholdet ikke eksisterte. Det vil være vanskelig å bevise at et arbeidsforhold er fiktivt. Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd vil kunne fungere som en slags sikkerhetsventil der det er vanskelig å bevise at arbeidsforholdet ikke egentlig eksisterer, men det likevel er klart at dekning fremstår som urimelig på grunn av forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

#### **6.4 Kravets størrelse eller forfallstidspunkt er ikke reelt**

Arbeidstaker kan oppgi i søknaden at hans utestående lønnskrav er større enn det egentlig er, eller at det er opparbeidet senere i tid. Arbeidsgiver kan samarbeide med arbeidstaker om dette, ved for eksempel å forfalske angitt lønnsnivå i arbeidsavtalen eller timelister.

Forvaltningen har adgang til å gi helt eller delvis avslag på søknader i slike tilfeller etter lønnsgarantiloven § 1 annet ledd første punktum, som angir at garantien dekker «krav på lønn» som stammer fra «arbeid i tjenesteforhold». I dette ligger at arbeidstaker etter de underliggende forhold må ha et lønnskrav mot arbeidsgiver. Videre vil lønnsgarantilovens regler som begrenser når lønnskravet har forfalt og beløpsmessige begrensinger, gi adgang til å gi avslag på krav som er opptjent utenfor disse fristene og som overstiger de beløpsmessige grensene, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje og fjerde ledd. Insolvensdirektivet gir statene adgang til å fastsette nærmere begrensninger i frister for når lønnskravet kan ha forfalt og beløpsmessige begrensinger, jf. insolvensdirektivet artikkel 3 og 4, og norsk rett er derfor i tråd med de EØS-rettslige krav her. Det fremgår av lønnsgarantiforskriften § 3-2(4) at arbeidstaker selv må sannsynliggjøre størrelsen av og eksistens på sitt lønnskrav, som innebærer at bevisbyrden ligger hos arbeidstaker.

#### **6.5 Kravet er overtatt eller overdratt av en tredjeperson som ledd i misbruk**

Lønnsgarantiloven § 1 sjuende ledd regulerer tilfeller der arbeidstaker har overdratt sitt krav før konkursen til en tredjeperson. I slike tilfeller bortfaller i utgangspunktet garantien. Det presiseres i siste punktum at arbeidstaker likevel kan få garanti, dersom «andre» overtar eller trer inn i kravet, og det er «åpenbart» at dette ikke skjer som ledd i «skjult driftskreditt» eller annet «misbruk» av lønnsgarantiordningen. Dette innebærer at dersom kravet overdras som ledd i skjult driftskreditt eller annet misbruk, vil dekning kunne nektes. Med skjult driftskreditt menes at arbeidstaker ved å overdra kravet tilfører virksomheten en kreditt som fører til at den kan holdes gående, og dermed utsetter tidspunktet for når virksomheten må slås konkurs. Forarbeidende nevner som eksempel på når arbeidstaker likevel kan få dekning etter bestem-

melsen, er når et sosialkontor utbetaler penger til arbeidstaker som en form for økonomisk nødhjelp.<sup>109</sup> Dette vil også kunne omfatte utbetaling fra en fagforening eller bank, så lenge utbetalingen har karakter av å være slik nødhjelp.<sup>110</sup>

Ved vurderingen av om overdragelsen eller inntreden i kravet er misbruk, vises det til i forarbeidende at det må avgjøres etter hvor stort beløpet er, og om det har skjedd rett før konkursåpning. Som eksempel på tilfelle som må unntas, nevnes dersom en månedslønn er overdratt på et tidspunkt der det er klart at virksomheten vil opphøre, men den ennå ikke har gått konkurs.<sup>111</sup> Det skal med andre ord foretas en helhetsvurdering av hvordan transporten fremstår. Det vil ved vurderingen av om det foreligger misbruk være relevant å se på vilkårene i lønnsgarantiloven § 7. Dersom arbeidsgiver og arbeidstaker for eksempel står hverandre nært, eller lønnen er økt rett før transporten, kan dette gi indikasjoner på misbruk.

Adgangen til å avslå søknader i slike tilfeller vil være begrenset av Norges EØS-rettslige forpliktelser etter insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a, som stiller krav om at tiltak mot misbruk må være «nødvendig(e)». Dette innebærer at tiltaket må være egnet til å forhindre misbruk. Det fremgår av lønnsgarantiloven § 1 sjuende ledd at den rammer tilfeller der kravet overdras som ledd i skjult driftskreditt eller misbruk. Etter ordlyden vil den derfor kun ramme tilfeller der arbeidstaker anses for å ha misbrukt ordningen. Det legges derfor til grunn at bestemmelsen oppstiller et proporsjonalt tiltak mot misbruk, jf. insolvensdirektivet artikkel 12 bokstav a.

## **6.6 Arbeidsgiver forsøker å misbruke lønnsgarantiordningen**

Som tidligere redegjort for rammer lønnsgarantiloven § 7 bare arbeidstakers misbruk av ordningen. Det forekommer imidlertid at arbeidsgiver spekulerer i lønnsgarantiordningen for å tilgodese en eller flere arbeidstakere. Så lenge det kun er arbeidsgiver som gjør dette, har ikke forvaltningen adgang til å nekte lønnsgarantidekning etter lønnsgarantiloven § 7.

En sak som har vært til behandling hos Arbeidsdepartementet<sup>112</sup> som klageinstans, illustrer hvordan arbeidsgiver kan forsøke å misbruke lønnsgarantiordningen uten at arbeidstaker er innblandet. I saken ble det lagt til grunn av departementet at det kun var forhold som tydet på at det var arbeidsgiver som forsøkte å misbruke ordningen. I saken hadde arbeidstaker, sammen med to andre arbeidstakere, blitt ansatt etter at konkursvarsel var blitt fremsatt. Det forelå

---

<sup>109</sup> Ot.prp.nr.38 (1997-1998) side 31.

<sup>110</sup> Ot.prp.nr.38 (1997-1998) side 12.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 38 (1997-1998) side 31.

<sup>112</sup> Arbeidsdepartementet vedtak 3/LHA (2011).

indikasjoner på at arbeidsgiver hadde til hensikt å sikre at arbeidstakerne mottok lønn for fremtidig og utført arbeid over garantien. Det at arbeidstaker ble ansatt etter at konkursvarselet ble fremsatt, kunne tyde på at arbeidsgiver ønsket at arbeidstakerne skulle få lønn dekket gjennom lønnsgarantien. Arbeidstakerne ble imidlertid ansett for å ha vært i god tro om arbeidsgivers betalingsevne, jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd, og fikk dekket utestående lønnskrav over garantien.

Uansett om arbeidsgiver har baktanker eller hensikter om å misbruke lønnsgarantiordningen, er det slik forholdet fremstår for arbeidstaker som er avgjørende etter lønnsgarantiloven § 7 første ledd. Bestemmelsen vil derfor ikke komme til anvendelse når arbeidsgiver forsøker å tilgodese arbeidstaker over lønnsgarantiordningen, så lenge arbeidstaker hverken er klar over eller burde være klar over at dette skjer.

## **6.7 Konklusjon**

Det kan etter dette legges til grunn at regelverket som regulerer arbeidstakers rett på lønnsgaranti i stor grad opp fanger opp tilfeller som kan anses som misbruk av ordningen. Om misbruk skal bli oppdaget fordrer det gode kontrollrutiner både hos bostyrer og forvaltningen. Dette innebærer at krav gjennomgås nøye og at det foretas nødvendige undersøkelser.

## 7 AVSLUTTENDE MERKNADER

### 7.1 Er regelverket hensiktsmessig utformet for å forhindre misbruk?

Det vil gå kunne gå hardt ut over arbeidstakers personlige økonomi dersom vedkommende får avslag på lønnsgarantidekning. Det er likevel i samfunnets interesse at reglene utformes slik at personer som forsøker å misbruke ordningen ikke får lønnsgaranti. Reglene om misbruk bør være utformet slik at de bare rammer faktisk misbruk, og ikke andre som er kommet opp i sårbare eller uheldige situasjoner. For å oppnå dette må regelverket som regulerer hvem som kan få lønnsgaranti være egnet til imøtekomme denne balansegangen.

Arbeidsgivers rolle er ofte sentral i misbrukssituasjoner. Når arbeidsgiver er innblandet i misbruket, blir det vanskeligere for bostyrer og forvaltningen å oppdage det. Det vil nok særlig være i tilfeller der arbeidstaker står i nært forhold til en person som kan knyttes opp mot arbeidsgiverrollen i virksomheten at garantien kan bli misbrukt. Slike forhold kan fanges opp av lønnsgarantiloven § 7 annet ledd.

Det at bevisbyrden for at kravet eksisterer ligger hos arbeidstaker kan medføre at arbeidstakere som har utført arbeid i uryddige arbeidsforhold risikerer å komme opp i sårbare situasjoner. Dette vil for eksempel være når arbeidsgiver ikke har skriftlige oversikter over antall timer arbeidstaker har jobbet, det ikke er utstedt lønns slipper eller det ikke er inngått formell arbeidskontrakt. Det vil da kunne oppstå tvil om hvilken lønn arbeidstaker egentlig har krav på. I slike tilfeller kan det være vanskelig for arbeidstaker å sannsynliggjøre arbeidsforholdet, jf. lønnsgarantiforskriften § 3-2 punkt 4, og han kan på grunn av dette bli nektet dekning helt eller delvis.

I en sak som var til behandling i Oslo tingrett i begynnelsen av 2014, var spørsmålet om arbeidstaker hadde krav på lønnsgaranti for utestående lønn, og i så fall hvilken størrelse det var på kravet.<sup>113</sup> Saken er et eksempel på at arbeidstakere som har jobbet for useriøse arbeidsgivere kan risikere å få avslag på lønnsgaranti, selv om de ikke har misbrukt ordningen. Arbeidstaker hadde fått avslag på lønnsgaranti, begrunnet i at kravet ikke var sannsynliggjort i henhold til lønnsgarantiloven § 1 annet ledd jf. lønnsgarantiforskriften § 3-2 punkt 4. På grunn av arbeidsforholdets art var det få holdepunkter for at arbeidstaker hadde et lønnskrav. Arbeidsavtalen var inngått muntlig og lønnen var blitt utbetalt kontant ved to anledninger, og da med to helt forskjellige beløp. Det forelå med andre ord et uryddig arbeidsforhold, som medførte at arbeidstaker var kommet opp i en sårbar situasjon ved arbeidsgivers konkurs. Det ble imidlertid lagt til grunn av retten at det forelå en erkjennelse fra arbeidsgiver om å skyldte arbeidsta-

---

<sup>113</sup> TOSLO-2013-110504.

ker et visst beløp. Retten ga arbeidstaker medhold i å ha krav på beløpet som lønn fra arbeidsgiver.

Både på grunn av kreditorfellesskapets og det offentliges interesser er det nødvendig at kravet er sannsynliggjort før arbeidstaker får lønnsgarantidekning. For å unngå at arbeidstakere får avslag på grunn av arbeidsgivers manglende oppfølging av sine plikter i ansettelsesforholdet må det heller gjøres endringer i andre regelverk for hvilke krav som stilles til arbeidsgivere, som sikrer arbeidstakere ryddige arbeidsforhold. Dette kan for eksempel gjennomføres ved å pålegge arbeidsgiver en større grad av kontakt med offentlige myndigheter, i form av registrering og rapportering, ved ansettelser og lønnsøkninger.

## **7.2 Rettsområdets utfordringer**

Det er ikke klart om regelverket eller måten forvaltningen praktiserer regelverket på er i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser etter insolvensdirektivet. Dersom flere saker som omhandlet misbruk av lønnsgarantiordningen hadde vært til behandling i domstolene, ville dette kunne belyst hvorvidt norsk rett praktiseres i overensstemmelse med insolvensdirektivets krav. Videre vil hyppigere domstolsbehandling kunne gjøre lovgiver mer oppmerksom på hvilke utfordringer som oppstår ved praktiseringen av regelverket. I dag avgjøres de fleste saker om lønnsgaranti av forvaltningen, og avgjørelsene derfra publiseres ikke. Problemstillinger knyttet til misbruk av ordningen skrives lite om i litteraturen og er sjeldent oppe til debatt. Dette kan føre til at rettsområdet ikke blir utviklet, og at ordningen eksisterer uten at det rettes kritiske blikk på hvorvidt den ivaretar hensynet til arbeidstakere, kreditorfellesskapet og til det offentlige på en hensiktsmessig måte.

## **Litteraturliste**

### **Lover**

Lov av 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v (lønnsgarantiloven).

Lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelpsloven).

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).

Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

Lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)

Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr.10 (straffeloven).

Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

### **Forskrifter**

Forskrift 28. oktober 1998 nr. 999 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v (lønnsgarantiforskriften).

## **Lovforarbeider**

NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp.nr.67 (1972-1973)	om lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.
Ot.prp.nr.27 (1991-1992)	om endringer i lønnsgarantiordningen mm (endringer i lønnsgarantiloven, konkursloven og dekningsloven).
Innst.O. nr 44 (1991-1992)	Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om endringer i lønnsgarantiloven m.m. (endringer i lønnsgarantiloven, konkursloven og dekningsloven).
Ot.prp.nr.38 (1997-1998)	om lov om endringer i lønnsgarantiordninga m.m.
Ot.prp.nr.53 (2001-2002)	om lov om endringer i lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. m.m.
Ot.prp.nr.107 (2004-2005)	om lov om endring i lov 14. desember 1973 nr 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. og lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
NOU 1990:20	Forenklet folketrygdlov



## **Lovvedtak**

Besl.O.nr.13 (2005-2006)

Lov om endringer i lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. og lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

## **Rettspraksis**

### Høyesterett:

Rt. 2000 s.1811

Rt. 1997 s.1954

Rt. 2007 s.1003

Rt. 2009 s.839

Rt. 2008 s.453

Rt. 2008 s.1811

### Tingretten:

TOSLO-2013-110504

## **Vedtak fra Nav Lønnsgaranti**

4/LHA (2009)

(Unntatt offentlighet)

10/LHA (2013)

(Unntatt offentlighet)

## **Vedtak fra Arbeidsdepartement og Arbeids- og sosialdepartementet**

4/LHA (2010) Arbeidsdepartementet

(Unntatt offentlighet)

3/LHA(2011) Arbeidsdepartementet

(Unntatt offentlighet)

AML/7(2012) Arbeidsdepartementet

(Unntatt offentlighet)

6/LHA(2014) Arbeids -og sosialdepartementet

(Unntatt offentlighet)

AML/4(2014) Arbeids -og sosialdepartementet

(Unntatt offentlighet)

## **Traktater**

Avtale om Det økonomiske europeiske samarbeidsområdet(EØS) av 2. mai 1992 (EØS avtalen).

## **EØS-direktiv**

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/94/EF av 22. oktober 2008 om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens (kodifisert utgave). [Insolvensdirektivet]

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 80/987/EØF av 20. oktober 1980 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens [Insolvensdirektivet]

## **Dommer fra EU-domstolen**

Case C-201/01	Maria Walcher v. Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark.	European Court Reports 2003 side I-08827.
---------------	--	--

Case C-30/10	Lotta Andersson v.Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten	European Court Reports 2011 side I-00513.
--------------	---	--

## **Dommer fra EFTA-domstolen**

Case E-1/07	Fürstliches Landgericht (Princely Court of Justice), Liechtenstein, in criminal proceedings against A.	Official Journal of the European Union C 17/13, 24/1/2008 side 1-19.
-------------	--	--

Case E-1/95	Ulf Samuelsson v. Svenska staten.	Official Journal C 142 , 08/06/1995 side 0006 – 0006.
-------------	-----------------------------------	---

## Litteratur

- Erik Magnus Boe     *RETTSKILDELÆRE under debatt*     2012.
- Finn Arnesen og Are Stenvik     *Internasjonalisering og juridisk metode-  
Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*     2009.
- Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-  
Andreas Rognstad og Olav Kolstad     *EØS-RETT*     3.utgave, 2011.
- Karl Riesenhuber     *European Employment Law*     2012.
- Konkursrådet     *Konkurs i praksis*     2000. Tilgjengelig på nett:  
[http://www.konkursradet.no/ele-ment\\_db/13/130\\_konkurs\\_i\\_praksis\\_hele.pdf](http://www.konkursradet.no/ele-ment_db/13/130_konkurs_i_praksis_hele.pdf)

## Tidsskrift

- Erik Boe     *Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?*     Jussens Venner 1981  
side 37-57 - (JV-1981-37)  
1981

## Brev og e-post

- Brev fra seniorrådgiver Linda Haug i Nav Lønnsgaranti, vedrørende innsyn i enkeltvedtak.     24.11.2014
- E-post fra seniorrådgiver Linda Haug i Nav lønnsgaranti, statistikk.     11.02.2015

**Nettsider**

Nav, *Grunnbeløpet i folketrygden* (2014), <https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/Kontakt+NAV/Utbetalinger/Grunnbeløpet+i+folketrygden> [sitert 10.04.2015]